

# La constitucionalización

DEL DERECHO FAMILIAR EN COLOMBIA

## *The constitutionalization*

*OF FAMILY LAW IN COLOMBIA*

### RESUMEN

A partir de la Constitución de 1991, se introducen importantes cambios legislativos en el Derecho Familiar en Colombia, que permiten proferir a las Altas Cortes, novedosos fallos dando paso a avances sociales significativos alrededor de la familia y cada uno de sus miembros, que van desde el reconocimiento de los niños y niñas como sujeto de derechos, definiendo la igualdad de deberes y derechos como padres y parejas, cualquiera que sea su forma de constitución, a través del matrimonio civil o religioso, o por la decisión libre y voluntaria de convivir; retomando principios universales para la protección de la Infancia, como la Prevalencia de sus Derechos, la Protección Integral y el Interés Superior, por cuanto son considerados una población de especial protección, así mismo para la mujer, los ancianos y los discapacitados. Se analizan integralmente los reales efectos de normas y fallos constitucionales más relevantes.

**Palabras clave:** Constitución, Familia, Infancia, Jurisprudencia, Derechos, Niños.

### ABSTRACT

As of the 1991 Constitution, introduced significant legislative changes in family law in Colombia, who approve uttering the High Courts, novel fault allowing significant social progress around the family and each of its members, ranging from the recognition of children as subjects of rights, equality defining rights and duties as parents and couples, whatever their form of incorporation, through civil or religious marriage, or the free and voluntary decision to live; retaking principles universal protection of children, as the primacy of rights, comprehensive protection and best interests, as they are considered a special population protection, also for women, the elderly and the disabled. Comprehensively analyzes the real effects of constitutional rules and more relevant decisions.

**Keywords:** Constitution, Family, Children, Law, Rights, Children.

### VILMA LUCÍA

#### RIAÑO GONZÁLEZ

*Magíster en Educación.*

*Docente Investigadora*

*Universidad Libre*

*Barranquilla. Líder Grupo de*

*Investigación D.I.A. Derecho,*

*Infancia y Adolescencia,*

*reconocido por Colciencias*

*categoría C.*

*vilmariano@hotmail.com*

Recibido:

21 de febrero de 2013

Aceptado:

17 de abril de 2013

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo corresponde a un producto parcial del Proyecto de Investigación, Jurisprudencia y Niñez, 20 años de la Constitución colombiana; y hace referencia al avance normativo logrado en Colombia acerca de la institución familiar, no solo legal a partir de la Constitución de 1991, sino de las normas reglamentarias en la materia, y la manera como han influido en la Corte Constitucional, profiriendo fallos que reconocen más efectivamente los derechos de cada uno de sus miembros y sus respectivas obligaciones. Se pretende que conociendo este avance literal, evidenciado en la normatividad vigente y el social probado en los fallos constitucionales, se puedan analizar los logros en el camino de la equidad y por ende de la paz, iniciando con la invaluable paz familiar, que será lo que permita a la primera infancia crecer en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, lo que realmente necesitamos para alcanzar la equidad social.

Se hace necesario para reconocer la profundidad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991, respecto de los derechos de cada uno de los miembros de la familia, conocer con suma claridad qué tanto se avanzó respecto de nuestra normatividad constitucional anterior consagrada en el año de 1886 y la actual a partir de 1991, para poder comprender lo esencial de sus conceptos y el completo catálogo de derechos y deberes que se establecen para cada uno de sus integrantes. Entonces es oportuno preguntarnos ¿de qué manera la Constitución de

1991 introdujo cambios significativos en la vida familiar de los colombianos?

Se analizan normas muy representativas para la Legislación de Familia y de Infancia y sus leyes reglamentarias. Es así como debe iniciarse el análisis, donde se define el Estado Social de Derecho, que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran; en su calidad democrática, participativa y pluralista. Realmente lo que plantea es la no discriminación y el reconocimiento del otro, como seres interdependientes sujetos de derechos en la misma dimensión humana.

### 1. Ley de Infancia y Adolescencia artículo 1, Ley 1098 de 2006

En numerosos fallos la Corte Constitucional ha resaltado lo que implica un Estado Social de Derecho, y que se aplique en el Derecho Familiar el principio universal que consagra la Ley de Infancia y Adolescencia, del Interés Superior, definido como el imperativo para toda autoridad judicial y administrativa de hacer valer por encima de toda norma y procedimiento, el ser humano de los niños y niñas, a fin de que ninguna decisión desmejore la situación en que se encuentre y que requiera del Derecho.

En igual sentido en el artículo 5 de la CN *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”*. Aquí se resalta a la persona y se mantiene dicho precepto,

como fin del derecho mismo. Más adelante trata respecto de la igualdad frente a los derechos y deberes entre hombres, mujeres, cualquiera que sea su edad, raza, sexo, estirpe o condición. Así mismo en lo que concierne a los deberes de los ciudadanos, cuando específicamente señala el deber de la solidaridad y la paz de los colombianos. Establece además la libertad responsable de la pareja de constituir una familia y decidir el número de hijos para sostenerlos y educarlos mientras sean menores e impedidos. Como lo establece el artículo 42 la iniciativa de celebrar en el país el Día Nacional de la Familia, señalando el 15 de marzo.

Es decir la CN de 1991 quien introduce válida y sutilmente el concepto de planificación familiar, en el mejor sentido, cuando califica la decisión libre pero de manera responsable de conformar una familia y de tener hijos. En ese recorrido hay que resaltar que actualmente existe la Ley 1361 de 2009, donde se dictan normas de protección a la familia y se establece la categoría de familias numerosas cuando superan más de tres hijos. Así mismo promueve la iniciativa de celebrar las uniones y lo referente a la filiación. Regulando y protegiendo derechos.

Entonces lo establecido en la Constitución Nacional de 1991 y los fallos proferidos en 20 años de existencia, definitivamente han surgido para bien de la más importante y antigua institución humana, cual es la familia. Se presentan de manera general las ideas centrales de la Carta Magna y se comentan algunos fallos previamente seleccionados, para ejem-

plarizar lo que se está afirmando en cuanto al avance social que estamos viviendo desde entonces. Pudiendo el lector continuar con el análisis de otros fallos y normas en el mismo sentido.

En cuanto a la bibliografía consultada encontramos normas y sentencias que se analizan y demuestran la constitucionalización del Derecho Familiar en Colombia a partir de 1991.

El diseño de esta investigación corresponde a la combinación del método cualitativo y cuantitativo de manera inductiva, ya que analizamos un determinado número de normas legales, y también profundizamos en el análisis de las sentencias de la Corte Constitucional, como guardiana de la Constitución. Es de resaltar que en esta búsqueda y análisis, se contó con apoyo de estudiantes del semillero de investigación del Grupo D.I.A. Derecho, Infancia y Adolescencia de la Universidad Libre Barranquilla, inscrito en Colciencias y categorizado en C, el cual viene trabajando desde el año 2006, en aportar a una nueva cultura de reconocimiento y respeto por los derechos de la familia y la prevalencia de la infancia con el propósito de avanzar en el cambio de cultura al interior y exterior de la comunidad Unilibrista, que permita el reconocimiento de la prevalencia y la plena garantía del cumplimiento de los derechos, como principio universal, que constituye uno de los Objetivos del Milenio de la humanidad desde el año 2000, definido por más de 100 países interesados en trabajar por las ocho problemáticas que más afectan a la humanidad.

## METODOLOGÍA

Se trabaja con el apoyo del semillero del Grupo D.I.A., en el análisis de artículos constitucionales y fallos jurisprudenciales desde 1991 hasta la fecha; para la presentación de este artículo se toma una muestra al analizar el cumplimiento de fallos y artículos de manera real y efectiva de tales cambios favorables en el tratamiento y reconocimiento de los derechos de la familia colombiana. En la escogencia de los fallos se tuvo en cuenta seleccionar los que más se fundamentaran y aplicaran con los seis principios universales de la Ley de Infancia, vigentes desde la Convención Internacional de los Derechos de los Niños firmada en 1989 y ratificados por Colombia en 1991.

## LA FAMILIA EN LA HISTORIA COLOMBIANA Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1991

La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, modificó completamente la protección estatal hacia la familia en Colombia. Pues solo desde aquel momento histórico se propende su real protección jurídica y que esta fue considerada como el núcleo fundamental de la sociedad, como efectivamente se logró. La Constitución Nacional de 1991, volcó toda la legislación en familia en un país ampliamente demarcado por la discriminación y el olvido de quienes conformaban grupos familiares limitándose a un centro (padre) en torno del cual giraba todo lo relativo a ella. Esto es, considerando que durante la vigencia de la anterior Constitución de 1886, la legislación existente en esta materia se limitaba únicamente en dos

artículos a regular lo referente al patrimonio del padre y la disposición de tales bienes, que para aquella época era única y exclusivamente potestad del marido o padre de familia, tomada de la figura histórica de la Potestad Marital, superada en nuestra legislación solo hasta 1974, con el Decreto 2820 de 1974.

En virtud de la ostensible inexistencia de normas protectoras de derechos como la igualdad de género o la distinción entre los diferentes sujetos, el constituyente primario de 1991 establece una Carta que se basara en derechos y deberes de los ciudadanos, que incluyeran una distinción específica de las diferentes necesidades entre los niños, las niñas, los adolescentes, los adultos mayores, los hombres, las mujeres y las embarazadas de tal forma que se crearan derechos igualitarios entre iguales, y así, eliminar o disminuir por completo la discriminación negativa hacia estas personas y a su vez, demarcar una palpable diferenciación positiva de igualdad entre iguales para una mayor proporcionalidad de derechos de las personas. A la vez distinguió entre los diferentes grupos qué sujetos se encontraban en desigualdad de condiciones o en condiciones más vulnerables y con fundamento en esta distinción especial, reconocer que dentro de la familia existen personas con mayores necesidades de especial protección del Estado y la sociedad.

Con lo anterior, el constituyente primario pretendía brindar desde la Carta Política bienestar social y colectivo de sus integrantes. Y sobre todo de aquellos sujetos que requieren especial protección del Estado, los cuales

habían sido desconocidos históricamente por la sociedad, las leyes y por consiguiente el Estado, entre otros.

Es menester indicar que la constitucionalización del Derecho Familiar, fue una tendencia que se vino tejiendo muchos años atrás. Iniciando algún tiempo después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1886. Poco a poco el país, limitado ampliamente por la costumbre conservadora de la iglesia, una población civil dedicada en su mayoría a la agricultura y ganadería, con escaso acceso a educación, restricciones abismales en la tecnología y comunicación en comparación con países del primer mundo, se vio en la necesidad de ir realizando pequeñas reformas a la Norma de Normas con tal que se adaptaran a los nuevos acontecimientos. Con esto se abrió la puerta para un entendimiento aún mayor sobre lo que realmente es una familia, permitiendo su concepción más amplia y por ende, la necesidad que tenía este núcleo de ser protegido desde la Constitución.

Colombia resultó envuelta en una serie de hechos históricos internos, que generaron cierta presión en el pueblo y el gobierno al cambio. Un cambio completamente distinto de todo aquello que se había hecho antes, se efectuaron grandes avances técnicos y científicos, mayor acceso a la educación dando lugar a un especie de despertar en los ciudadanos y empezaron a reclamar una Constitución que realmente pudiera ser considerada como la Norma de Normas. En el año 1948, con la muerte del candidato presidencial Jorge Eliécer Gaitán (9 de abril), ocurrió el “Bogotazo”,

que fue un periodo en donde reinaban los desórdenes, protestas y represión; este hecho fue uno de los primeros actos urbanos de violencia y es uno de los hechos más relevantes del siglo XX.

De aquel acontecimiento derivó un alto crecimiento en la violencia del país, hasta llegar a una especie de guerra civil no declarada entre los partidos políticos (liberales y conservadores), comenzando así la lucha guerrillera, con alto deterioro del orden público y la situación político-social del país. Surgiendo las FARC como grupo subversivo. Al nacer tan desmedida violencia, las familias empezaron a inmigrar hacia otras ciudades desde la capital bogotana.

El año 1989, es considerado como “el año negro”, pues se trata del periodo de tiempo en el que Colombia soportó los actos terroristas más fuertes de la historia reciente: la bomba al avión de Avianca, el atentado al edificio del DAS, el ataque a las instalaciones del diario *El Espectador*, aunado a los crímenes selectivos de personajes de la vida pública como Luis Carlos Galán, y la muerte de centenares de policías que ocasionó el caos nacional. La guerra era constante, entre la guerrilla y el narcotráfico de Pablo Escobar prácticamente se estaban apoderando del Estado. Las consecuencias eran incalculables para las familias. Niños, niñas y adolescentes quedaron sin padres, grandes cantidades de personas resultaron heridas de gravedad en los atentados sufriendo lesiones incurables que a su vez terminaron por ocasionarles discapacidades físicas y/o mentales, personas desaparecidas

o secuestradas, y un sinnúmero de situaciones que perturbaron el sano funcionamiento de la familia colombiana.

El pueblo colombiano, no toleraba más estos actos violentos entre la población civil, y se levantaba para protestar a viva voz para que el Estado se hiciera responsable por los perjuicios endilgados a tantas personas, y que además recobrará el control de los acontecimientos haciendo frente a tan severo descontrol, y pidió que se cambiara a una nueva legislación proteccionista, que diera desde lo más alto de la ley una verdadera cobertura para todas las personas. Y fue así, que durante el gobierno de Virgilio Barco se le concedió el poder constituyente al pueblo, para que este estableciera una Constitución Política que reorganizara las funciones estatales.

Es de resaltar la expedición de decretos que viene a cambiar el manejo legal a la familia y a la infancia, como el Decreto 2272 de 1989 que crea la Jurisdicción de Familia, definiendo una Jurisdicción especializada en asuntos referentes a la familia para atender mejor y con exclusividad los asuntos que la vulneran o amenazan. Este Decreto regula la necesidad de tratar de manera interdisciplinaria, los temas de familias, solo con el apoyo de psicólogo, trabajador social y otros profesionales se apoyará más adecuadamente la solución de sus problemáticas, las que en su mayoría requieren cada vez más protección en contra del flagelo de la violencia intrafamiliar, maltrato e incumplimiento de deberes contra sus miembros más vulnerables. Cada vez los trámites se hicieron más cortos y orales con ma-

yor celeridad y acompañamiento de los Jueces de Familia, asumiendo lo que realmente hoy la Corte Constitucional por ejemplo ha definido como familia en reciente sentencia. Con la nueva Constitución Política de 1991 se configuró la protección reforzada de la familia reconociéndole a los sujetos excluidos históricamente una igualdad de derechos desde el punto de vista material. Nuestra Carta Política, es incluyente, pluralista y respetuosa.

La Carta Magna, también establece el derecho de familia basado en principios. Transformando trascendentalmente el derecho familiar sustentado en principios generales del Derecho. Luego de todos estos hechos importantes para la historia de Colombia, la Corte Constitucional debió pronunciarse en Sentencia C-479 de 1992 sobre las normas contenidas en la naciente Carta Magna, aseverando que esta obligatoriamente debía tener un preámbulo, y que además, las normas constitucionales no tienen ni supuesto de hecho ni consecuencia jurídica, por lo tanto deben interpretarse de la forma que mejor se acople a la situación en concreto sobre la cual se desea aplicar, de manera que presentó un escenario constitucional en donde el Derecho cambia conforme al caso que se presente. De la misma manera expuso la Corte, en esta ocasión que los principios tienen mayor connotación que los derechos contenidos en el texto, por cuanto son la base de los segundos. Y sin aquellos la norma carecería de soporte.

En la Sentencia de la Corte Constitucional T-406 de 1992, se confirió una serie de herramientas para entender qué es un derecho de

conformidad con sus criterios principales y auxiliares; en donde se entiende como principal lo relativo a la dignidad humana reconocido expresamente en el derecho y lo auxiliar que ofrece ayuda para tener una serie de preceptos que facilitan más la interpretación de la ley al interior del sistema. En virtud de lo anterior, es correcto afirmar que el Derecho de Familia quedó amparado en tres puntos fundamentales, a saber: 1. Institución básica de la sociedad colombiana. 2. Constitución del Derecho de Familia y 3. Contenido social de la familia. Estos tres aspectos se desarrollan a lo amplio del artículo a seguir:

*Artículo 1. Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

En este primer artículo, establece a Colombia como un Estado Social de Derecho. Definido como tal, y fundamentado en la vida digna con el fin de potenciar las capacidades de todas las personas. Nos humaniza el sentido de las normas legales y nos permite un mejor y mayor reconocimiento como sujeto de derechos y no solo como objeto de derechos. Este cambio resulta definitivamente fundamental para avanzar en el reconocimiento de cada uno de los miembros de la familia y por ende de la sociedad.

A lo largo de la Carta Política se reconoce la prevalencia de la persona por encima de la norma. En el artículo 2 se lee: *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

En el artículo 5: *El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.* Hoy día se discute el reconocimiento a las parejas del mismo sexo, y la Corte Constitucional ha proferido fallos donde reconoce a estas parejas como familias y le ha dado al Congreso de la República la responsabilidad de legislar al respecto de los matrimonios de las parejas de esta condición, hasta el año 2013, de lo contrario se tendrá este fallo como un avance para dicho reconocimiento.

Este planteamiento es una muestra más del avance social que esto implica, conjuntamente en el artículo 13 se lee: *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófi-*

*ca. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.*

Lo que se reconoce con todo este proceso de normas y fallos, es lo referente al desarrollo de la personalidad, consagrado en el artículo 16: *Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.*

El artículo 22 establece: *La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento*, reconocer al otro, respetarlo, no solamente tolerarlo; es hacer paz; es entonces cumplir con un compromiso constitucional. Y crecer en un ambiente de amor y comprensión; muy probablemente será lo que nos permita ser seres sociales capaces de vivir en paz.

En el artículo 42 de la Constitución, quedó consagrado todo lo que pretendía el Constituyente Primario en relación a la familia y su protección. De manera que en adelante la familia se convirtió en el núcleo fundamental de la sociedad, reconociendo desde lo más alto de la norma que esta también se conforma por vínculos naturales, quitando así toda discriminación hacia los hijos nacidos por fuera del matrimonio, y las uniones marita-

les de hecho, dejando claro que una familia es considerada como tal, sin importar el estado civil de quienes decidieron conformarla. Con esto se redujo el poder discriminante de las religiones que básicamente obligaban a los que allí profesaban su credo a contraer nupcias por temor a ser excomulgados o mal vistos por la sociedad. Los hijos, dejaron de ser llamados por términos despectivos, y efectivamente se concedió una igualdad entre todos los miembros que conformen tal unidad familiar. Al tenor literal expuesto así:

*Artículo 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. 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 progeneración responsa-

ble. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley.

La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. Real y efectiva igualdad entre hombres y mujeres, protección especial a la mujer en estado de embarazo o lactante, así como a la mujer cabeza de familia, que hoy por consideración de la Corte Constitucional en reiteradas sentencias, se equipara al hombre cabeza de hogar que se encuentre en las mismas condiciones.

*Artículo 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este, subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.*

Por otra parte, en virtud de las diferencias de los sujetos que conforman la familia, los niños y niñas fueron reconocidos por la legislación constitucional, de manera que debido a su ostensible necesidad de ser acogidos, se les concedió una extraprotección en lo relativo a sus derechos fundamentales, tales como:

*Artículo 44. 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.*

Lo anterior es, por cuanto los niños y niñas tienen necesidades distintas a los adultos y adolescentes pues requieren especial trato para su sano desarrollo. Así mismo, los ado-

lescentes gozan de normatividad relacionada a ellos en el artículo a seguir: Artículo 45. *El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.*

En cuanto a los adultos mayores, el artículo 46 dice: *El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.*

Sobre las políticas de especial protección a la población con discapacidad, el artículo 47 dice: *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.*

## **DESARROLLO JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVO RELEVANTE DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA**

**Sentencia Corte Constitucional C-145 de 2010.** *La Patria Potestad hace referencia a un régimen paterno filial de protección del hijo menor no emancipado. La Patria Potestad no es una institución creada por el derecho en favor de los padres sino en interés de los hijos*

*no emancipados; para facilitar la observación adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de sus obligaciones de formación de la personalidad del menor, atributos en virtud de la relación parental a la autoridad de los padres.*

En este fallo se observa el avance y el reconocimiento del principio de la Prevalencia e Interés Superior de Derechos de la Infancia por encima de los derechos de los padres; ya que la Corte Constitucional en la demanda de inconstitucionalidad acerca de la sanción que tiene como consecuencia de haber sido vencido el demandado en juicio de paternidad, respecto a la privación de la Patria Potestad de los padres declarados padres en sentencia ejecutoriada, a lo que la Corte Constitucional expresa que denomina debe ser una sanción subjetiva, de parte del Juez de Familia, quien dependiendo de las características, comportamiento y presencia en el proceso de Filiación; donde da muestra o no de su voluntad de ser padre, será definitivo para que el Juez de conocimiento, haga prevalecer qué es más sano para el niño, tener un padre con Patria Potestad vigente o no.

Está claro que hay que considerar en cada fallo de la autoridad administrativa o judicial la decisión más favorable para el menor de edad, que es el verdadero sentido de las normas en la actualidad legal universal, incluida la colombiana, especialmente a partir de 1991.

Así mismo se observa en la **Sentencia T-889 de 2009**: *Si se presenta conflicto entre estos intereses jurídicamente amparados la solución que se ofrezca debe ser aquella que mejor se ajuste a la preservación de los intereses superiores de la niñez. Los intereses de los progenitores solo podrán equipararse a los del niño o la niña cuando ello a un mismo tiempo cumpla con satisfacer el interés prevalente de la infancia.* Que la Corte Constitucional hace referencia nuevamente al Principio Universal de la Prevalencia de los Derechos de la Infancia integrado con el Principio de Interés Superior, para significar que toda la normatividad nacional e internacional representada en los Convenios y Tratados Internacionales y consagrados en la Ley de Infancia y Adolescencia. Es por ello que los intereses de los padres y madres, solo deben significar para la toma de decisiones, en el sentido que representen reconocimiento y la mejor decisión para sus hijos menores de edad. Igual importancia reconoce en la **Sentencia T-572 de 2010**: *Los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna.*

En esta sentencia la Corte Constitucional, analiza el principio de la Prevalencia de los Derechos y la Exigibilidad de sus Derechos de la Infancia, y estudia los motivos por los cuales puede presentarse la Acción de Tutela, aun cuando existan mecanismos idóneos para garantizar el derecho vulnerado de niños, niñas

y adolescentes en Colombia, pero reafirma la condición de población de especial protección, a la infancia; al igual que a las mujeres, a los discapacitados y a la tercera edad. Esto se concreta en la expedición de la Ley 1306 de 2009, acerca de la protección especial a que tienen derecho las personas que sufren alguna discapacidad. En avance viene la Corte Constitucional y en 2011, en la **Sentencia T-488 de 2011**: *La respuesta solo se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se pueden formular reglas generales de aplicación mecánica. Todo lo contrario: el contenido de dicho interés solo se puede establecer prestando la debida atención a las circunstancias individuales.*

En este fallo se trata del plazo exigido a las parejas en unión de hecho, superior a 2 años, estudiando las relaciones de pareja desde las uniones matrimoniales y de hecho. Donde los magistrados analizan la importancia de la familia para la formación de los hijos. Vale la pena resaltar el salvamento de voto donde se expresa la ventaja de solicitar tiempo de convivencia por encima de cuál sea la forma de uniones constituidas, esto con fundamento en la necesidad de brindar a los niños y niñas entregados en adopción las mejores condiciones de vida, y de adaptación de sus padres como parejas estables, responsables y conocedoras de la responsabilidad de la paternidad y maternidad. Es así como realmente tiene sentido la entrega en adopción como la define la

Ley de Infancia, una medida de protección, la medida de protección por excelencia. De este fallo es de resaltar además la profundidad del análisis que realiza la Corte Constitucional de lo que significa ser padres y de lo que implica una pareja. Finalmente debe expresarse para casos de restitución de menores de edad, a su país de origen, la Corte Constitucional en la **Sentencia T-1021 de 2011**: *Nuestra Carta Política, en consonancia con los tratados internacionales que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad, exige un trato preferente, especial y prioritario de los derechos fundamentales de los niños, y en su artículo 44 dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos con el objeto de garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos.*

La Corte Constitucional hace prevaler el Interés Superior de un niño que ingresa al país de manera ilegal, es decir sin el cumplimiento de los trámites legales existentes en su país de procedencia, su madre lo regresa a Colombia y por dificultades en la definición de la competencia, el Juez de Familia tarda lo superado en el Convenio Internacional para el caso y la Corte, hace favorecer la situación actual de garantía de derechos del niño por encima del deber de cumplir con el trámite del convenio, por cuanto las circunstancias en la actualidad cambiaron, siendo desventajoso para el niño ser regresado a su país de origen, desconociendo su vida actual al lado de su familia materna y los logros que ha tenido desde que fue traído abruptamente por su madre.

## PRINCIPIOS EN LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Como parte del desarrollo de las normas constitucionales sobre la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, el legislador retoma de la Convención de los Derechos de los Niños, firmada por Colombia en 1989 y ratificada en 1991; en la Ley de Infancia y Adolescencia, Ley 1048 de 2006, una serie de principios que sirven de plataforma para la efectiva realización de lo dispuesto en la Carta de una manera más amplia; esos principios están contemplados en los siguientes artículos:

**Artículo 7°.** *Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.*

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

**Artículo 8°.** *Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea*

de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

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

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

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

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

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

**Artículo 11.** Exigibilidad de los derechos. Salvo las normas procesales sobre legitimidad en

la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

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

**Parágrafo.** El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7ª/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas.

**Artículo 12.** Perspectiva de género. Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Un país que hace prevalecer a la persona por encima de las normas y procedimientos, es un país que avanza realmente en el reconocimiento de la importancia de la personalidad y dignidad humana; y que sabe que no solo se requiere del derecho para ser mejor, para hacer el bien y lograr un camino más justo en la convivencia para la paz. Contar con una Constitución que promueve y reconoce el derecho a la diferencia, el respeto a la dignidad humana, la prevalencia de los derechos de la infancia, que regule la importancia de la paz social y lo defina como deber constitucional de todos los ciudadanos, es la herramienta acorde con lo que necesita una Nación para crecer y desarrollarse integralmente.

Es por ello que es deber de la Academia, de los medios de comunicación, de la empresa privada, del gobierno, de la familia y de la comunidad en general, conocer y promocionar nuestros derechos y deberes consagrados en las normas constitucionales, pero también conocer su implementación y la forma de hacerlos valer y prevalecer. Solo así tendremos suficientes condiciones legales y sociales de contribuir y cumplir con el deber constitucional de los colombianos de promover y vivir en paz.

Si asumimos los avances legales en defensa de las personas, la infancia y la familia, será más difícil que retrocedamos en ellos, todo lo contrario, se promovería su cumplimiento y la reclamación de mejores condiciones para

ser felices, lo que determinaría significativamente el crecimiento económico e integral de nuestro país, considerando por ejemplo que la infancia es el presente impostergable que define el futuro; este análisis permite, asumir con mejor actitud una responsabilidad social hacia el desarrollo de la sociedad actual, ya que el avance legal no garantiza por sí solo el crecimiento cultural y humano de una comunidad, se requiere del compromiso efectivo y personal de todos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho, Seis meditaciones sobre el Derecho*. Perú: Ara Editores, 2006.

COMPTE SPONVILLE, André. *La vida humana*. España: Editorial Paidós, 2007.

HERNÁNDEZ CAAMAÑO, Gaspar. Un derecho fundamental. Revista Dominical *El Heraldo*, 21.09, 2008. Barranquilla.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código de la Infancia y la Adolescencia. Bogotá: Editorial Leyer, 2007.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. Editorial Legis, 1991.

Sentencias Corte Constitucional de Colombia C-145 de 2010, T-488 de 2010, T-1021 de 2011, T-572 de 2010.