

El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños

Examination of weighting for the protection of the fundamental rights of children

Pedro Luis Lizcano Amézquita*

Resumen

Los derechos de los niños han sido instituidos en calidad de principios de orden fundamental desde su protección por los tratados internacionales de los derechos humanos. En Colombia están contemplados por la Constitución Política de 1991, la cual, en su artículo 44 establece que los derechos de los niños prevalecen sobre lo demás. Una vez verificada tal prevalencia de orden constitucional podría resultar inocuo realizar un juicio de ponderación de derechos fundamentales cuando exista una colisión entre un principio de orden fundamental de diversa índole, frente a un principio que proteja los derechos de los niños. No obstante, es necesario poner en práctica la moderna teoría de la ponderación de los principios en colisión, pues este será el único método para establecer la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad del sacrificio infringido a un principio fundamental sobre el que se determine una relación de precedencia condicionada, para lo cual el intérprete deberá someterse a un examen de constitucionalidad de altísimo rigor de tipo hermenéutico. De igual forma, el intérprete de cargo deberá realizar un examen riguroso cuando exista colisión de principios fundamentales de protección prevalente y reforzada, como en el caso de los derechos fundamentales de dos o más menores de edad, donde se debe perseguir el beneficio establecido en la norma.

* Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, seccional Tunja.

Palabras clave

Juicio de ponderación, derechos fundamentales de los niños, prevalencia constitucional de principios fundamentales reforzados, hermenéutica jurídica.

Abstract

The rights of children have been instituted as fundamental principles in international human rights treaties. The Colombian Constitution, in its Article 44 says: "the children's rights take precedence over the rest". It is necessary to practice the modern theory of weighting of the principles in collision, as this will be the only method to establish the need, reasonableness and proportionality of the slaughter inflicted on a fundamental principle that determine a conditional precedence relation, for which the interpreter must undergo a review of constitutionality of the highest rigor of hermeneutical type. Likewise, the interpreter must make a rigorous examination when there is a collision of fundamental principles of reinforced and prevalent protection as in the case of collision between the fundamental rights of two or more children, where he should pursue the benefit in accordance with the law.

Keywords

Examination of weighting, children's fundamental rights, constitutional prevalence of reinforced fundamental principles, legal hermeneutic.

Introducción

El establecimiento de una nueva forma de organización política del Estado nació hace poco más de dos décadas con la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991. La modificación, en el marco de una Asamblea Nacional Constituyente, de nuestra antigua forma organizativa de Estado que databa de más de un siglo, en el periodo republicano de 1886, fue completamente necesaria para la modernización del país debido a su orientación hacia la inclusión de minorías, grupos marginados, indígenas y población vulnerable, así como de la clase social tradicional.

Esta modernización no solo fue un fenómeno de orden interno, sino que también obedeció a la situación de América Latina que vivía una renovación política y organizativa, condiciones para las cuales Colombia debía prepararse para estar a la vanguardia. La promulgación de la nueva carta política respondió a los requerimientos sociales internos, pero de igual forma fijó el marco y las políticas de internacionalización del Estado entrando a participar en los procesos de cooperación internacional para la protección de los principios discutidos en mesas internacionales con miembros de la mayoría de naciones del mundo.

Colombia se incluyó y fue incluida en los asuntos relevantes para la mayoría de la humanidad. Temas como las garantías para la protección del medio ambiente y el planeta, el respeto a los derechos humanos, el respeto a las garantías laborales mínimas, el derecho penal de la guerra, y los derechos fundamentales de los niños, entre otros, fueron acordados en dichos encuentros en mesas internacionales que marcaron la pauta de los Estados del mundo y garantizaron la cooperación por parte de cada uno de los miembros para que dichos acuerdos se cumplieran.

Colombia aceptó una legislación de orden internacional que fijó los estándares de la legislación interna en torno a ella y los acuerdos internacionales ratificados se sumaron como legislación imperante, complementaria y con el mismo nivel jerárquico de la Constitución naciente.

Todo esto contribuyó a eliminar parte de la desigualdad que dejaban las -para el momento- recientes épocas de la violencia partidista, la barbarie y el terrorismo de las guerrillas de izquierda, las desigualdades laborales, la violencia intrafamiliar y la presencia de narcotráfico en los años previos a 1991.

La niñez colombiana fue una de las más vulnerables víctimas de todos los fenómenos que ocurrieron durante el siglo veinte. La esclavitud aún presente para los primeros años del siglo pasado, la violencia en el campo y en la ciudad, sumado a un machismo imperante contra la mujer por parte de la sociedad colombiana, la falta de educación

y de garantías fundamentales para los niños, el reclutamiento por parte de los grupos guerrilleros y paramilitares de niños para formar sus filas y una creciente violencia intrafamiliar, hizo de las generaciones nacientes testigos de la más cruda realidad que atravesó Colombia.

Sin embargo, Colombia no era el único escenario donde esto ocurrió, pues ella, al mismo tiempo, era el reflejo de la sociedad del siglo pasado. Al mismo tiempo la niñez judía sobreviviente del Holocausto Nazi en los campos de concentración como Sachsenhausen o Auschwitz, narra las inclemencias de la guerra, que asesinó a sus padres, familiares y amigos en una ofensiva xenofóbica. Poco antes España sufría de la tiranía franquista, África se encontraba en medio de la explotación económica y sexual de la niñez en países como Sierra Leona, Congo y Senegal, en la que los comerciantes de gemas, oro y cacao utilizan como esclavos a niños a su servicio permanente. Todos estos hechos sumados a muchos otros tantos, en países musulmanes, China y Suramérica, fenómenos como la guerra fría y conflictos entre naciones llevaron al mundo a buscar la protección de la infancia y blindarla con un manto jurídico garantista en torno a los derechos fundamentales del hombre y del niño.

Los derechos fundamentales del hombre: 225 años de evolución

Muchos autores datan el origen de los derechos fundamentales del hombre, en el momento histórico de la célebre Revolución francesa del año 1789 (Unesco, 1989), casi en el mismo año en que los colonos americanos proclamaban la Constitución de Filadelfia, a la cual dio un gran impulso Benjamín Franklin, y el Bill of Rights de 1791. Otros van más atrás en la historia, haciendo alusión a la imponente Carta de Mandén (Cissé, Sagot & Fofana, 2003), Constitución del Imperio Mali y que para 1222 ya incluía un concepto de dignidad por la persona humana, por su vida, por la libertad individual y la solidaridad. Para nosotros es evidente que el final de la Revolución francesa marcó el inicio de la edad contemporánea de la humanidad, fijó el derecho a la libertad y la igualdad del hombre ante la ley, base de los nacientes Estados de derecho. Seis semanas después de la toma a la prisión de la Bastilla en París, habiendo derrotado la monarquía y el feudalismo, la Asamblea Nacional Constituyente tomó como fundamento de la Constitución de la República Francesa la “*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*” o Declaración de los Derechos del Hombre; en ese momento se instituyeron los derechos humanos en el mundo.

La organización no gubernamental Human Rights resume el texto de la siguiente manera:

La Declaración proclama que a todos los ciudadanos se les deben garantizar los derechos de “libertad de propiedad, seguridad, y resistencia a la opresión”.

Argumenta que la necesidad de la ley se deriva del hecho de que “... el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, tiene sólo aquellos límites que aseguran a los demás miembros de la misma sociedad el goce de estos mismos derechos”. Por lo tanto, la Declaración ve a la ley como “una expresión de la voluntad general”, destinada a promocionar esta equidad de derechos y prohibir “sólo acciones dañinas para la sociedad. (Human Rights, s.f.)

Como quiera que nuestro ordenamiento jurídico es una derivación del sistema legal francés, nuestro origen directo tiene relación histórica frente al mencionado suceso. Antonio Nariño, traductor de la Declaración de los Derechos Humanos al castellano en 1793, fue el pionero en América en divulgar los 17 artículos del texto. Hecho que le causaría 16 años de prisión (Cepeda, 2009), pero su aporte fue fundamental para la garantía de los derechos civiles de las personas, que derivaría con su inclusión parcial en la Constitución Política de Colombia de 1886 (Título III).

Así entonces, el producto de las luchas revolucionarias francesas, era recogido por los ordenamientos jurídicos latinoamericanos; sin embargo no fue sino hasta 1991 que Colombia sería declarado un Estado social derecho acogiendo en su totalidad la Declaración Universal, entre otros acuerdos de carácter internacional. A continuación un breve esquema de la evolución de los derechos humanos desde 1789 hasta 1991, desde la perspectiva colombiana.

De la Revolución francesa a la Constitución de 1991

Como ya se anotó, el inicio de la edad contemporánea de la humanidad se dio con la promulgación de la Declaración de los Derechos del Hombre, en París en 1789. Para tal momento histórico, existía en nuestro país el Virreinato de Santa Fe, que hacía parte de la Nueva Granada en el Imperio español. En él se instituía una desigualdad generalizada dando preferencia a los derechos de los miembros de la Corona española por sobre los derechos civiles y personales de los nativos denominados criollos; de igual forma, la colonización de los pueblos indígenas fue un vivo y crudo ejemplo de la esclavitud de sus miembros y del padecimiento de castigos crueles por parte de sus inquisidores que pretendieron cristianizarlos. Aprovechando la coyuntura del momento que vivía el reino de España, con la deposición del rey Fernando VII y el paso del poder para los Borbones¹, el movimiento independentista liderado por Simón Bolívar se lanza por la independencia de Colombia que, a la postre, sería lograda en septiembre de 1819 (Melo, 2002).

¹ La crisis institucional de Madrid fue aprovechada por las colonias cuando el monarca Francés logró la abdicación de Carlos, quedando José Bonaparte como el nuevo rey de España y sus colonias. Tras el arresto de Fernando VII por los Bonaparte, se formaron diversas juntas en España que reclamaban la legitimidad del depuesto rey Borbón, constituyéndose en gobiernos regionales que se opusieron a la invasión francesa, en lo que se conoce como la Guerra de la Independencia Española.

Evidentemente, el papel que jugó la traducción de la Declaración de los Derechos del Hombre, fue vital dentro del proceso independentista. Después de esta, el Imperio y el virrey tuvieron que preocuparse por los derechos de los indígenas y esclavos, como lo manifiesta Melo (2002):

La corona, alertada por Bartolomé de Las Casas y otros sacerdotes, adoptó una reglamentación protectora de los indios y, en menor escala, de los esclavos, que buscaba ante todo cristianizar estas poblaciones, y garantizar su conservación frente a los excesos de los colonos. La esclavitud de los negros se mantuvo y las medidas para protegerlos se centraron en prohibir a los amos darles muerte, permitir su libertad en ciertos casos y regular otros asuntos menores. Nunca surgió la idea de que los esclavos, como seres humanos iguales ante Dios, tuvieran un derecho a la libertad.

Durante los años posteriores a 1810, y hasta 1886, se produjeron 7 Constituciones Políticas distintas sin transformaciones significativas entre ellas y en las cuales el propósito central se dirigía a modificar la forma de organización política y territorial del Estado. Con respecto a la inclusión de derechos fundamentales de los ciudadanos, resultan muy importantes en este lapso de la historia política y jurídica colombiana:

La Constitución de Tunja: el 9 de diciembre de 1811 se promulga la Constitución de Tunja, cuyo primer capítulo en 30 artículos incluye formalmente la Declaración de los Hombres en Sociedad, instituyendo en la provincia los derechos a la libertad, la igualdad legal, la seguridad y la propiedad².

Hubo así mismo Constituciones regionales como la Constitución provincial de Antioquia, la Constitución Provincial de Cartagena de Indias, la Constitución de Cundinamarca, la Constitución de Mariquita, promulgadas con posterioridad a las de su homóloga Tunja, que incluyeron en sus primeras letras algunos de los derechos fundamentales del hombre, pero que por haber regido solamente en las provincias de origen, su efecto vinculante para las transformaciones constitucionales en la república no fue el requerido para generar una verdadera transformación jurídica; desde luego que como antecedentes, deben ser reconocidas como pioneras de los derechos y garantías ciudadanas en Colombia.

La Constitución de la Gran Colombia: en 1819 se reúne el Congreso de Angostura, con representantes de varias de las provincias unidas, con la necesidad de crear una ley fundamental que reuniera los intereses en el poder central, Creando la

² Constitución de la Republica de Tunja, 1811, artículo 1: "Dios ha concedido igualmente a todos los hombres, ciertos derechos naturales, esenciales e imprescriptibles, como son: defender y conservar su vida, adquirir, gozar y proteger sus propiedades, buscar y obtener su felicidad. Estos derechos se reducen a cuatro principales, a saber: la libertad, la igualdad legal, la seguridad, y la propiedad".

Gran Colombia e instituyendo la figura de un Presidente de la Republica en cabeza de Simón Bolívar. Sin embargo la constitución solo pudo ser promulgada en Villa del Rosario en 1821 (Mollien, s.f.). A pesar de que planteó la abolición de pleno de la esclavitud en la república y recogió algunos de los avances de las constituciones provinciales precedentes; en esencia no generó un avance significativo en cuestión de derechos humanos. Reviste en cambio singular importancia por tratarse de la primera promulgación constitucional que surge posteriormente a la Batalla de la independencia en el puente de Boyacá en 1819.

Constitución de 1853: en 1853 se expide una nueva Constitución nacional, que reemplazaría a la derogada de 1843 y en la que se dieron grandes avances en el orden de los derechos fundamentales. Entre los más importantes: se incorpora la libertad de culto, el derecho al libre pensamiento, se extiende el voto a todos los hombres³, el respeto al domicilio, la no discriminación y el derecho de asociación, aunque no se le denominó de tal forma⁴.

Constitución de Rionegro: la Constitución de Rionegro denominó al país como Estados Unidos de Colombia con sistema abiertamente descentralizado de estados federalistas. En materia de derechos humanos consagró la abolición de pena de muerte, el establecimiento de los jurados de conciencia y la consolidación plena de los derechos ciudadanos. Esta constitución fue reformada con posterioridad.

Fue solo hasta 1886 cuando el país logró consagrar una Constitución capaz de permanecer en el tiempo, (desde luego que con periódicas reformas), hasta lograr prolongarse 105 años desde su promulgación y que fuera reemplazada en 1991.

La Constitución de 1886 incorporó las recomendaciones adoptadas en la primera convención de Ginebra celebrada en 1864⁵. El derecho a la no autoincriminación,

³ "Para ser Elector se debía ser alfabeto y mayor de 25 años o ser casado y ser vecino del cantón. Hasta 1853 tan sólo el 5% de los hombres ejercía el derecho al voto, el otro 95% no participaba del sufragio por razones culturales, económicas o de ciudadanía. Con la Constitución de 1853 surgen varios cambios importantes: se abolió la esclavitud en el territorio nacional y se declaran ciudadanos y con derecho al voto a todos los hombres nacidos en el territorio que estuvieran casados y que contaran con la mayoría de edad". (Registraduría, s.f.).

⁴ Artículo 11, Constitución Política de la Nueva Granada de 1853: El derecho de reunirse pública o privadamente, sin armas; para hacer peticiones a los funcionarios o autoridades públicas, o para discutir cualesquiera negocios de interés público o privado, y emitir libremente y sin responsabilidad ninguna su opinión sobre ellos. Pero cualquiera reunión de ciudadanos que, al hacer sus peticiones, o al emitir su opinión sobre cualesquiera negocios, se arrogue el nombre o la voz del pueblo, o pretenda imponer a las autoridades su voluntad como la voluntad del pueblo, es sediciosa; y los individuos que la compongan serán perseguidos como culpables de sedición. La voluntad del Pueblo sólo puede expresarse, por medio de los que lo representan, por mandato obtenido conforme a esta Constitución.

⁵ Los principios más importantes establecidos en la Convención y mantenidos por las últimas Convenciones de Ginebra estipulan la obligación de proveer atención médica sin discriminación a personal militar herido o enfermo y de respetar el transporte y el equipo del personal médico con el signo distintivo de la cruz roja sobre fondo blanco.

la inclusión del principio de “Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege” así como el principio de favorabilidad en el campo penal⁶. A pesar de que no prohíbe la pena capital, la elimina en cuestión de derechos políticos, reconoce el derecho de petición, mantiene la libertad de cultos pero vuelve a instituir la religión en el Estado. Por otra parte aparece el derecho a la libertad de prensa en tiempos de paz y por primera vez aparece el derecho a la privacidad de las comunicaciones⁷.

Durante los años de vigencia de la Constitución de 1886, Colombia pasó por los años más violentos de su historia: a finales del siglo XIX, la sangrienta y devastadora Guerra de los Mil Días⁸, el más sangriento de los conflictos entre los partidos Liberal Conservador (Vélez, 2005). Años más tarde es asesinado el caudillo liberal Jorge Eliecer Gaitán enardeciendo los ánimos liberales que llevarían a un segundo periodo de violencia en Colombia. Una dictadura militar, un frente nacional y la continuación de la lucha bipartidista moderada fue el resumen de los años precedentes a 1991, agregando por supuesto la aparición de los conflictos de Guerrillas, Narcotráfico y Paramilitarismo que marcaron la época de violencia de los años ochenta.

La Constitución de 1991: la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 sentó los fundamentos en materia de protección de principios y derechos fundamentales, hubo enormes cambios entre las dos constituciones, separadas por un siglo. Muchos han llamado a la Constitución de 1991 como la Constitución de los derechos fundamentales, porque sin duda dedicó gran parte de su texto al establecimiento de los principios de orden fundamental, de las llamadas primera, segunda y tercera generación, concepto relevado en la nueva teoría de los derechos que otorga

⁶ Constitución Política de Colombia 1886, **artículo 26:** Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

⁷ Constitución Política de Colombia 1886, **artículo 43:** La correspondencia confiada a los telégrafos y correos es inviolable. Las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados, sino por la autoridad, mediante orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley, y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

⁸ La Guerra de los Mil Días duró precisamente mil días o tres años, y ocurrió en Colombia, mientras gobernaba ese estado el aciano presidente conservador Manuel Antonio Sanclemente, de 85 años de edad. En este período conocido como el de la Regeneración, se trataron de imponer una serie de reformas, no solo centralizando la administración del estado sino también mejorando los lazos con la iglesia católica. Por esta cuestión, la iglesia estaría del lado de los conservadores a lo largo del conflicto, tratando a través de la prédica religiosa, conseguir adeptos para esa causa. Estas cuestiones generaron la reacción de los liberales radicales, quienes se sublevaron tratando de tomar la ciudad de Bucaramanga, pero rápidamente fueron controlados por las fuerzas oficiales, que declararon que el orden público se hallaba amenazado, asignándose el derecho, por ese motivo, de enviar fuerzas para pacificar el estado, hacia Santander, donde se hallaba el foco del conflicto. A la profunda crisis poblacional (se perdieron más de 100.000 vidas) y económica (más de dos decenas de millones de pesos oro) ocasionada por la guerra, se sumó, como pérdida para Colombia, la independencia de Panamá, ocurrida el 3 de noviembre de 1903.

semejante importancia a cualquiera de los derechos fundamental con excepción de los que tengan una relación de prevalencia como en el caso de los derechos de los niños.

La carta política considera a Colombia como un Estado social de derecho, vuelve a secularizar el Estado colombiano frente a la Iglesia católica, otorga las libertades a todos y cada uno de los ciudadanos, habla directamente de la dignidad humana y otorga una especialísima protección a los derechos de los niños⁹, la familia y la mujer. De igual forma protege los derecho a la vida, integridad personal, igualdad, reconocimiento de personalidad jurídica; intimidad; habeas data; libre desarrollo de la personalidad: libertad personal en todas sus formas; libertad de conciencia; expresión y de información; cultos; honra y buen nombre; derecho de petición; libre circulación; trabajo; libertad de escoger profesión y oficio; enseñanza, aprendizaje investigación y cátedra; habeas corpus; debido proceso; no ser sometido a sanciones de destierro, prisión perpetua o confiscación; asilo, en los términos previstos por la ley; libertades de reunión y manifestación; y derechos políticos (El País, 2011).

Pero no bastó con ello, la Constitución Política de 1991 trajo también la acción constitucional de protección de los derechos fundamentales, a la que dio el nombre de acción de tutela¹⁰. Esta gran herramienta es catalogada como el mayor logro de la Constitución, es sin duda el mecanismo judicial más efectivo y más invocado en nuestro Estado. Según información de la página web de la Corte Constitucional (s.f.), alrededor de 2000 tutelas se radican diariamente en el país, lo que anualmente significa unas 700.000 demandas (Canal RCN, 2012). Sin duda esto no es un buen síntoma acerca de la observancia y respeto a los derechos fundamentales en Colombia puesto que podría considerarse como revelador de un sistema que los viola de forma consuetudinaria. Algunos estudiosos hablan de un uso desmedido, con razones valederas o sin ellas, que desgasta al aparato dispensador de justicia, lo atosiga y lo entraba ya que por ley, todo juez de conocimiento de tutela debe resolver en un plazo no mayor a 15 días y bajo este argumento pretenden delimitar y recortar el recurso de Tutela a pesar de que es completamente conocido que ha sido un mecanismo efectivo para la garantía de protección de los derechos fundamentales en Colombia, y una institución jurídica al alcance de todos los ciudadanos.

⁹ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 44: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

¹⁰ "Es un mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los habitantes del territorio colombiano. La Constitución Nacional en su artículo 86 dispuso que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos previstos en la ley, siempre y cuando no proceda otro mecanismo judicial de defensa". (Corte Constitucional de Colombia).

El constitucionalismo en Colombia actualmente es motivo de estudio para muchas de las naciones del mundo, por tratarse de un marco jurídico garantista que dista increíblemente de la realidad local por aspectos distintos al contenido normativo, pero que ha cambiado de manera radical la forma de entender y aplicar los derechos fundamentales del ciudadano, las estrategias de reconocimiento y las obligaciones del Estado para su protección efectiva, hechos que sin duda habrán de mejorar la vida del colombiano.

Los derechos fundamentales de los niños en Colombia

En 1945 Colombia se incorporó con carácter de miembro fundador a la Organización de las Naciones Unidas y posteriormente, en el seno de esta organización se adhirió a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre¹¹, rubricando con ello, que desde los albores de la república y del propio nacimiento de los organismos mundiales que se ocupan por garantizar el respeto por la dignidad humana en todos sus ámbitos, estuvo ligada a la construcción de los derechos fundamentales del hombre, antes y después de hacerlos vinculantes para todos los Estados parte. En 1966 con la celebración de los Pactos de Nueva York¹² Colombia se obligó a adherir a sus legislación tales preceptos por lo cual su Carta Política debería estar en concordancia con aquello que allí debía establecerse¹³. Sin embargo, sólo fue hasta la Constitución de 1991 cuando estos principios fueron aplicados a la Carta Constitucional y adoptados en concordancia con los pactos establecidos.

De lo anterior es fácil colegir que la Constitución de 1991 no es solo una creación o invento local, sino que además responde a los pensamientos jurídicos preconizados por los compromisos internacionales adquiridos; en otras palabras, el derecho internacional ha jugado un papel preponderante en el constitucionalismo moderno de Colombia.

Particularmente en lo que se refiere a los derechos de los niños, en 1946, nace la UNICEF (United Nations International Children's Emergency Fund), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, como institución de la Organización de las

¹¹ La Asamblea General de las Naciones Unidas declara los Derechos Fundamentales del Hombre determinando la prohibición de discriminación por cualquier factor, la abolición de la esclavitud, la igualdad de los hombres, la prohibición de las torturas o tratos crueles, la libertad de cultos y los derechos económicos y sociales del hombre.

¹² Los Pactos de Nueva York son los documentos obligatorios para los Estados que suscribiesen el acuerdo para garantizar los Derechos Civiles y Políticos, y el segundo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos documentos fueron redactados y firmados el 16 de diciembre de 1966 y constituyen la juridización de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

¹³ Guendel, Ludwig, El derecho y los derechos; distinción entre la juridización de las reglas y la posición moral sobre las relaciones entre las personas, Políticas públicas y derechos humanos. Instituto Internacional de Gobernabilidad

Naciones Unidas y que se encarga de la defensa de los derechos de los niños y de la infancia en general, institución con mayor influencia, credibilidad y reconocimiento en el mundo.

Para 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas toma la decisión de adoptar para sí y para todos los Estados miembros, la Convención General de los Derechos de los Niños, marco jurídico fundamental en el que los Estados firmantes desarrollan sus políticas para la niñez y la adolescencia¹⁴. Desarrolla cinco importantes principios de carácter esencial en 54 artículos:

- El interés superior del niño.
- La no discriminación.
- El derecho a la vida.
- Derecho a la supervivencia y el desarrollo y
- el derecho a la participación.

En simples palabras, la UNICEF en esta convención buscó que los Estados firmantes se comprometieran a adoptar medidas que beneficiaran a la población infantil, que le permitieran garantizar el acceso a la educación, a los sistemas de salud, entre otros, propiciando el desarrollo pleno de su personalidad y de sus habilidades.

En enero de 1991¹⁵ nuestro país ratificó y adoptó la Convención General sobre los Derechos de los Niños, a la que inicialmente el Estado colombiano se había reservado la inclusión del artículo 38¹⁶ concerniente al reclutamiento militar de menores de 15 años, hecho que sería reformado a la postre con la expedición de la Ley 584 de 1999 que eliminó tal reserva e incluyó la prohibición de ejercer reclutamiento militar de personas menores de 18 años.

La ratificación de la Convención tuvo repercusión nacional por sus efectos vinculantes, lo que llevó al país a reformar su Constitución seis meses después, para adoptar y elevar a rango constitucional los principios allí contemplados.

Derechos fundamentales de los niños en la Constitución Política de Colombia de 1991

Al reformar la Carta Política colombiana se incluyó el criterio de “protección integral de la niñez en su doble dimensión; la garantía de los derechos de la niñez

¹⁴ Convención Sobre los Derechos de los Niños y las Niñas, UNICEF-Colombia (2005).

¹⁵ Ley 12 del 22 de enero de 1991, Congreso Nacional de Colombia.

¹⁶ Artículo 38 de la Convención de los Derechos del Niño: “Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad”.

y la protección en condiciones especialmente difíciles” (UNICEF 2005). De igual forma, uno de los avances más importantes en materia de garantía de los derechos fundamentales de los niños fue la determinación de responsabilidades por parte del Estado, la familia y la sociedad en posibilitar, permitir y contribuir al desarrollo armónico de la infancia.

Además de que todos los derechos de los niños y niñas de Colombia fueron textualmente cobijados por artículos específicos de la Constitución, recibieron una especial protección otorgada por los constituyentes de 1991, cuando dispusieron que *los derechos de los niños y niñas prevalezcan frente a los demás*¹⁷.

Los derechos de los niños se encuentran establecidos a lo largo de la Constitución Nacional, sin embargo los artículos 13, 44, 45, 50 y 67, los recopila y expresa ampliamente. El artículo 13 establece “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”. Garantizando de esta forma la prohibición de discriminación contenida en la Convención de los Derechos de los Niños.

Por su parte, el artículo 44 constitucional, siendo tal vez el más importante de toda la Constitución para la familia y los derechos de los niños, establece:

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.

El artículo 45 constitucional dice: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral. El Estado y la sociedad garantizarán la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud”.

¹⁷ Artículo 44, Constitución Política de Colombia.

Por último, el artículo 67 constitucional señala:

La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

Los textos constitucionales y de la jurisprudencia son contundentes y afirman el compromiso estatal, social y familiar por el respeto en Colombia de los derechos de los niños. El compendio normativo es claro, amplio y se constituye en una verdadera garantía de protección a la población infantil y adolescente, resta, sin embargo, analizar la efectividad de la norma en la realidad infantil a partir de cifras y estudios para llegar a conclusiones afirmativas acerca del cumplimiento del sistema en los propósitos, ya que todo estudio jurídico no podrá apartarse de la realidad contextual en donde se desarrolle.

Los derechos de los niños sobre los demás: prevalencia de principios reforzada y condicionada

La Constitución colombiana de 1991 contempla en su artículo 44 una sorpresa normativa de gran importancia, que trajo como consecuencia la obligación de aplicación hermenéutica específica favorable de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás (Supersalud, 2013). Dentro del derecho interno colombiano es difícil encontrar figuras jurídicas con similitud al principio de prevalencia de tipo constitucional de los derechos de los niños sobre los derechos de las demás personas, sin embargo un ejemplo aislado de una norma de carácter superior que fije una prevalencia específica, sería el artículo 228 constitucional que asigna la prevalencia fundamental del derecho sustancial sobre el derecho procesal¹⁸, aunque, como tal, dicha prevalencia regula el desarrollo del principio en la administración de justicia, mas no establece una prevalencia de los derechos de un grupo específico de personas, como sí lo hace el ya visto artículo 44 constitucional.

La prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, ha sido una creación propia del derecho colombiano, y la jurisprudencia del órgano de cierre constitucional ha interpretado y fundamentado tal prevalencia, en el principio fundamental del interés superior del niño, originado en la Convención de

¹⁸ "La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

los Derechos del Niño. No obstante, esta protección reforzada de los derechos de los niños no siempre será automática, ni tampoco debe obviar un análisis hermenéutico en cuanto a su aplicación prevalente se refiere. El Estado y los constituyentes no han querido ser irresponsables en cuanto al alcance de tal figura jurídica, y la honorable Corte Constitucional colombiana ha venido dándole una interpretación obligante del artículo constitucional.

El principio del interés superior del niño

Se ha definido como la prevalencia jurídica que le es otorgada a los niños, con el fin de dar un tratamiento preferencial en comparación con el que reciben los demás sujetos de derechos¹⁹. La especial condición de vulnerabilidad e inferioridad de la vida del menor, que lo pone en una condición desequilibrada frente a los derechos de las otras personas, hace que el Estado deba ajustar como prioritaria esa sobrecarga para evitar una vulneración permanente de derechos.

Desde la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño, ellos han cobrado importancia en la participación jurídica activa, relevando paulatinamente la postura de que los menores son menos que los demás. La posición contraria advierte que los derechos de los menores representan un ámbito bastante amplio, de suerte que cada día ganan más terreno y se les reconoce como completamente autónomos, a pesar de la incapacidad de los menores establecida en la ley colombiana²⁰, que conduce a que la titularidad de sus derechos deba ser representada por sus padres, tutores o representantes legales.

El interés superior del niño representa todos y cada uno de los derechos del menor, recogidos como una obligación interpretativa en las actuaciones legales y administrativas que se susciten en el caso de encontrarse en conflicto, bien sea entre los menores y sus padres, entre los menores y otros particulares, entre los menores y el Estado y en algunos casos, en la colisión de derechos entre los mismos menores.

Colombia ha expedido un texto legal reciente -ley 1098 de 2006, denominada Ley de Infancia y Adolescencia-, que desarrolla los artículos constitucionales y los derechos de los menores, estableciendo límites y reglas de los procesos administrativos y judiciales que involucren derechos de los niños.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-477 de 1995 MP Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ La minoría de edad y por consiguiente la ausencia de plena capacidad legal para obrar, suponen una serie de límites tanto a los derechos como a las responsabilidades derivadas de sus actos (sean o no capaces para realizarlos) de la persona menor de edad. La ley establece límites sobre actuaciones que considera que el menor no tiene capacidad legal suficiente para hacer por su cuenta y riesgo, y se le exime de la responsabilidad de actos que se considera no se le pueden imputar por su falta de capacidad para actuar.

Ella define el principio del interés superior del niño, como “el imperativo que obliga (sic) a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”²¹. Toda la legislación de los menores gira en torno a este principio fundamental que además reviste a los menores de la prevalencia reforzada de todos sus derechos, otorgándoles la calidad de derechos interdependientes, y no en conexidad, lo que representa para quien deba dirimir una situación de conflicto que involucre al niño, (los derechos de los niños), la obligación de revisar todos y cada uno de los derechos fundamentales del menor antes de tomar una decisión que afecte, vulnere, modifique o ponga en riesgo la situación real del menor.

Así las cosas, la jurisprudencia colombiana, especialmente en la sentencia T-408 de 1995 del magistrado Alejandro Martínez Caballero, describe las características del principio fundamental del interés superior del menor:

Será real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; será independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; es un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

El juicio de ponderación, interpretación para los derechos de los niños

Los derechos constitucionalizados funcionan como carácter de interés y beneficio efectivo para toda la comunidad. No obstante, estos deben ser de carácter aplicable y en algún momento podrán entrar en conflicto con los derechos de otras poblaciones o entre ellos mismos, por lo cual el Estado a través de las leyes o de la doctrina jurisprudencial, debe fijar los parámetros de análisis, interpretación y solución a los hipotéticos casos que se presenten para dirimir estos conflictos. Sería ingenuo pensar que estas situaciones hipotéticas serían solo eso, una hipótesis, y que muy probablemente no habría momento en el cual se presentara un choque entre estos. La práctica enseña que resultan corrientes las colisiones entre derechos prevalentes, que inevitablemente podrían conducir a la ocurrencia de una de dos posibilidades: la violación flagrante de alguno de los dos o la imposibilidad de aplicarlos. Para esto y en búsqueda de una armonización que conduzca a mejores resultados en su aplicación en caso de colisiones, es necesario perseguir la medida adecuada en la

²¹ Ley 1098 de 2006- Ley de Infancia y adolescencia. Artículo 8.

que se debe extender cada uno de los derechos, por tratarse de pretensiones de máximos y no de mínimos en los intereses de la comunidad (Higuera, s.f.).

Como quiera que la obligación hermenéutica para el intérprete de cargo, cuando exista un conflicto o colisión de principios o derechos fundamentales, recae en la necesidad de verificación y estudio de todos y cada uno de los derechos fundamentales del menor, garantizando la satisfacción de los derechos interdependientes y siempre desde el punto de vista del interés superior del menor, habrá necesidad de establecer desde el punto de vista objetivo, cual puede ser el interés superior del menor.

Se requiere entonces realizar un ejercicio de ponderación objetiva de los factores que permitan determinarlo de manera valedera.

Desde posibilidades hipotéticas, no descartables por lo mismo, para el juez de conocimiento es posible encontrarse frente a una infinidad de conflictos entre menores y otros sujetos de derecho, de acuerdo con la dinámica social; sin embargo, por la importancia es preciso estudiar tres tipos de casos hipotéticos distintos:

- 1) Conflicto de derechos o principios entre un menor y el Estado.
- 2) Conflicto de derechos o principios entre un menor y un particular.
- 3) Conflicto de derechos o principios entre un menor y sus padres.

Test de razonabilidad. Criterio hermenéutico

Cuando exista una colisión entre derechos fundamentales, será necesario aplicar un principio en perjuicio del otro, sin perder objetividad en la búsqueda de la toma de las decisiones más adecuadas que diriman el conflicto, frente a las cuales resulta imprescindible ajustarse a criterios de carácter idóneo, racional y proporcional, porque al momento de expedir la norma fundamental, como por ejemplo, la Constitución, el constituyente o el legislador no alcanza a prever todas las situaciones fácticas y conflictos que pudieren ocurrir en un futuro, lo que lo imposibilita para dejar plasmada la globalidad de soluciones que pudieran dirimir un conflicto.

El constituyente, entonces, se vale de los principios fundamentales que tienen por objeto realizar una corrección del derecho a través de la interpretación y la jurisprudencia. Los principios fundamentales tendrán entonces la capacidad de ser garantes de los derechos fundamentales y optimizar el derecho a través de la corrección del mismo, como bien lo expone Higuera.

La optimización del derecho y su evidente corrección se podrá dar cuando exista un conflicto de derechos fundamentales o de principios fundamentales, en la cual un juez o un grupo de magistrados deban dar solución al caso prefiriendo la

protección de un principio en perjuicio de otro, después de realizado un juicio hermenéutico de carácter racional. Una vez solucionado dicho conflicto, la decisión y las razones de la decisión, en algunos casos –casi en la mayoría- constituirán un precedente jurisprudencial para que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado planteen un análisis de similitudes y diferencias analizando las semejanzas y diferencias que tenga el nuevo conflicto que deban dirimir, sirviéndoles de base para establecer un juicio de ponderación. La mayor parte de la optimización se ha de lograr en la interpretación misma de la decisión principal que refuerce el principio por proteger.

Para los dos primeros dos casos bien podríamos atender el criterio de interpretación jurídica moderno específico, expuesto por Robert Alexy: la ponderación de los derechos (Alexy, s.f.). El test de razonabilidad propuesto por Alexy indica que frente a una colisión de derechos se debe aplicar el test de razonabilidad, que consiste en interpretar la debida aplicación de un principio sobre otro, analizando la idoneidad de la solución objetiva que se plantee, la necesidad del sacrificio de un principio fundamental en beneficio de otro y la proporcionalidad de la solución propuesta, el punto de vista cualitativo, como lo propone Higuera, o desde el punto de vista cualitativo siguiendo una fórmula específica dada por Alexy. Para poder entender cómo aplicar el test, hay que comprender cuáles son las variables idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La idoneidad responde a los criterios y categorías lógicas de la interpretación. Todas las decisiones del Estado y de la administración de justicia deben ser lógicas y basadas en criterios completamente racionales que justifiquen su aplicación. En tratándose de hermenéutica de la ponderación, en la medida en que un principio fundamental deba ser sacrificado en beneficio de otro, tal sacrificio debe ser fundamentado desde el punto de vista objetivo y racional. Igualmente ha de verificarse si la decisión protegida contribuye a la mejor opción posible para proteger los derechos fundamentales.

La necesidad del sacrificio de un principio fundamental en beneficio de otro se tiene en cuenta una vez analizada su idoneidad, pues deberá verificarse si efectivamente no existe solución alguna para determinar que no hay otra solución posible a dicho conflicto, y que tal sacrificio es necesario.

Por último está la proporcionalidad, que es el juicio objetivo de determinación de las características individuales de cada principio en conflicto, en el que se deberá determinar cuál será el peso abstracto de cada principio fundamental, desde el punto de vista de los valores establecidos en la sociedad. De igual forma deberá determinarse el grado de afectación de los principios en colisión desde el punto de vista de la necesidad de protección hacia ellos por parte de la autoridad; por último

se consideran las cargas de la argumentación, en la cual el intérprete de cargo se verá obligado a revisar la certeza de todas sus afirmaciones propuestas durante el ejercicio de ponderación.

Una vez determinadas estas variables, se podrá dar una solución para dirimir el conflicto. Existen dos formas para lograr la aplicación del test, como ya lo decíamos antes. La primera es la que ALexy utiliza asignándole a cada variable estudiada un valor numérico aplicado en la siguiente fórmula:

Del test de ponderación = $I + N + P (G + PA + C)$

La anterior fórmula tendrá como variables **I**, que significa idoneidad, **N**, que significa necesidad, **P** hace referencia a la proporcionalidad, y dentro de la misma estarán tres variables que serán **G**, gravedad de la afectación al principio, **PA**, peso abstracto y **C** que será certeza de las afirmaciones. Este ejercicio deberá hacerse para cada uno de los principios en colisión, y al final se tendrán dos cifras: la mayor cifra será la del principio que se debe proteger.

Por otra parte está la fórmula cualitativa propuesta por Higuera, que consiste en otorgarle un valor no numérico a cada una de las variables, haciendo que el análisis de cada una de las variables lleve a la reflexión sobre la decisión que se ha de tomar.

En nuestra opinión ambas son completamente válidas, aunque consideramos más adecuada en término de derechos fundamentales de los niños la segunda propuesta de análisis, de tipo cualitativo, e igualmente, para conflictos de principios que no tengan prevalencia reforzada será mucho más preciso realizar el análisis cuantitativo.

Prevalencia de derechos de los niños no opera automáticamente

La prevalencia de los derechos fundamentales de los niños en Colombia, sobre los derechos de los demás, traída por el artículo 44 de la Constitución de 1991, parecería dejar sin función el ejercicio hermenéutico de la ponderación de derechos en el caso de colisión de dos principios fundamentales, si miramos el texto constitucional sin verificar los contenidos jurisprudenciales y la doctrina, teniendo en cuenta que el intérprete no tendría que realizar algún ejercicio hermenéutico para determinar la necesidad de proteger un principio fundamental en perjuicio de otro, existiendo la obligación interpretativa suprema de dar prevalencia siempre a los principios de los demás. Sin embargo, la realidad es completamente diferente y la jurisprudencia ha concluido que se debe realizar un análisis interpretativo, por más obvia que la solución a la situación en conflicto sea, para lo cual nos valdremos de la ponderación de derechos y del test de razonabilidad propuesto por Alexy.

Colisión de derechos fundamentales entre un menor y un particular

En el primer caso propuesto encontramos la colisión entre los principios fundamentales de un menor contra un particular diferente de sus padres, para lo que proponemos un caso hipotético²². En un barrio bogotano se presenta un conflicto entre los niños que se recrean y juegan en el vecindario, y la tranquilidad y el derecho a la no perturbación de un grupo de adultos mayores que viven en el mismo sector. Los demandantes son el grupo de adultos mayores que consideran que los niños corren, juegan y generan ruido a lo largo del vecindario perturbando su tranquilidad, impidiendo su descanso y violando sus derechos fundamentales a la intimidad. Los demandados, padres de los menores, argumentan los derechos fundamentales a la recreación y a la libre expresión de sus hijos, consagrados constitucionalmente, aduciendo que los derechos de sus hijos prevalecen sobre las demás personas, y de igual forma los niños para ejercitar este derecho deben hacerlo mediante juegos y travesuras propios de su edad, que por seguridad deben hacerlo en un lugar cercano a sus padres, y no solo eso, pues también debe ser en un lugar seguro, por tanto es en el vecindario donde los niños pueden recrearse sin alejarse de la custodia de sus padres y donde más seguros estarán.

Acudiendo a la interpretación literal de la norma constitucional es claro que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de las demás personas, no obstante la prevalencia reforzada de que trata el artículo 44 constitucional no opera de forma automática y generalizada y debe ser sometida a un examen dentro del test de razonabilidad.

Nos encontramos frente a la colisión del derecho fundamental a la intimidad de un grupo de adultos mayores, contra el derecho fundamental a la recreación y el libre desarrollo de la personalidad de los menores. Deberemos verificar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la protección de uno de los principios en colisión sobre otro, de acuerdo con el test de Alexy, desde el punto de vista de Higuera.

El derecho a la intimidad y a no ser molestado de un grupo de adultos es un derecho fundamental de alta importancia para su titular, pues ha sido garantizado para que no deba soportar una carga externa que perturbe su tranquilidad, descanso y paz emocional. Es completamente idóneo proteger este derecho fundamental, que por el hecho de protegerlo no obstaculiza el ejercicio absoluto del derecho de los demás. Por el contrario, de proteger un derecho fundamental que restrinja un derecho fundamental como este, obligaría a su titular a perderlo absolutamente, pues la intimidad y la no perturbación no es un asunto de carácter relativo.

²² Caso similar argumentado en la acción de inconstitucionalidad C-490 de 2002 de la honorable Corte Constitucional de Colombia.

Dentro de una escala de idoneidad de protección de este derecho de baja-media y alta diremos que este se encuentra en este caso en una escala alta.

Por su parte, el derecho fundamental de los niños a la recreación y el libre desarrollo de la personalidad, sin duda es una garantía importantísima para los menores pues su perfeccionamiento garantiza al niño la capacidad de desarrollar su personalidad, empiezan a convivir en sociedad, es la forma de participación e interacción que ellos tienen con los demás miembros de su comunidad, con los juegos se descubren destrezas y habilidades propios de los niños hasta formar líderes que en el futuro seguramente pondrán en alto el nombre de nuestro país²³. Sin embargo, en el caso en comento, y contrario al derecho del grupo de adultos mayores, este derecho fundamental no tiene un lugar específico de desarrollo y aplicación, pues puede ser ejercido no solo en las inmediaciones de un vecindario, sino también en los espacios que designa el Distrito de Bogotá para que puedan ser utilizados. Diremos que su protección es completamente fundamental y prioritaria, sin embargo para el análisis del presente caso diremos que no es idóneo proteger este derecho en perjuicio del derecho a la intimidad de un grupo de abuelos que solo tienen el espacio de su residencia para el goce efectivo de sus derechos fundamentales a la intimidad y a no ser perturbado. Dentro de una escala de idoneidad de protección de este derecho de baja-media y alta diremos que este se encuentra en este caso en una escala baja.

Respecto a la necesidad de establecer una prevalencia de uno de los principios determinados, consideramos por los argumentos presentados, que estando en conflicto, los derechos fundamentales de las dos partes no pueden coexistir, sino cuando se pacte un campo de conciliación y respeto de los límites de cada uno de los derechos. Por la calidad del lugar específico de goce del derecho fundamental a la intimidad, es imperante la necesidad de establecer una relación de precedencia condicionada de este derecho sobre los derechos fundamentales de los niños en el campo y lugar donde ellos colisionan.

Respecto de la proporcionalidad, los derechos de los niños tendrán un gran valor respecto de su peso abstracto, pues el valor que representan para la sociedad es muy alto, no así el derecho fundamental de la intimidad que muchas veces es comprendido por quienes colisionan con este, como un obstáculo para el ejercicio propio de sus derechos fundamentales, como en el caso en que en un conjunto residencial se organice una reunión social en la que se cree mucho ruido y deba ser terminada por medio del poder policivo estatal²⁴. Socialmente, entonces, el derecho

²³ Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 202, numeral 5, del Decreto 1355 de 1970, Código Nacional de Policía. Expediente D-3837.

²⁴ El poder de policía se refiere a la facultad de expedir actos normativos generales y abstractos, que fijan normas de conducta, con un ámbito de intervención mínimo de las libertades ciudadanas, y la función se refiere al ejercicio de competencias concretas del poder de policía. Sentencia C-024 de 1994.

a la intimidad tiene un peso abstracto medio en la escala que hemos utilizado, sin embargo las cargas de la argumentación nos obligan a medir la certeza de los argüidos al momento de determinar la idoneidad y necesidad de establecer una relación de precedencia condicionada, en la que es evidente que debe ser preferido el derecho a la intimidad y a no ser molestado de los adultos mayores en la situación fáctica estudiada.

De esta forma, el intérprete de cargo podrá eliminar la prevalencia reforzada de los derechos de los niños sobre los derechos de las demás personas, luego de un análisis completamente racional de la situación en conflicto, una verdadera hermenéutica fáctica y jurídica.

Ahora bien, aceptar la limitación de los niños en realizar juegos y travesuras para no intranquilizar a los vecinos, no desvirtúa la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de cualquier otra persona, los derechos de los niños a la recreación y al libre desarrollo de su personalidad no son absolutos, porque, como todos los demás, deben desarrollarse dentro de determinadas normas que garanticen la convivencia pacífica en la comunidad. Los padres deben enseñar a sus hijos a jugar respetando a los demás. Su finalidad no es coaccionar a los padres para que sometan a sus hijos a la inmovilidad, pues, tal interpretación caería en el absurdo. Además, la norma está encaminada a proteger a los menores y asegurar su correcta formación. El ejercicio de los derechos de los niños debe encaminarse a lograr su educación y formación integral, sin someter injustificada e irrazonablemente los derechos ajenos²⁵.

La conclusión del ejemplo anterior nos obliga a realizar un examen hermenéutico en todas y cada una de las situaciones en que se hallen en conflicto todo tipo de principios o derechos fundamentales incluso cuando tienen una prevalencia reforzada como ocurre con los derechos fundamentales de los niños.

Colisión de derechos de los menores con las potestades, facultades y obligaciones del Estado

Los derechos de los niños no siempre entran en colisión con los derechos de otras personas, muchas veces el mismo Estado puede convertirse en un violador sistemático de los derechos de los menores. Ahora bien, cómo entender el equilibrio que debe mantener la garantía de los derechos fundamentales de los niños cuando se presenta un choque o conflicto con los intereses del Estado. La Universidad del Norte (Tobón, 2010), de la ciudad de Barranquilla en Colombia, nos trae un caso de una posible colisión entre los derechos de los niños y el Estado, práctica para ejemplificar

²⁵ Procuraduría General de la Nación, Concepto no. 2809, de 19 de febrero de 2002.

la necesidad de realizar un juicio de ponderación de los derechos para dar solución a un problema jurídico cada vez más frecuente.

El caso hipotético es el siguiente: un ciudadano extranjero, residente de forma ilegal en nuestro país, con tres hijos menores de edad nacidos en Colombia, de origen matrimonial y extramatrimonial, con mujeres de nacionalidad colombiana, fue condenado con pena accesoria de expulsión del territorio nacional. Su cónyuge y la madre de sus hijos extramatrimoniales tutelan en nombre de sus hijos, solicitando el amparo de los derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separados de ella²⁶.

Estamos frente a la colisión de un principio fundamental de los menores representado en el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, frente a la potestad migratoria²⁷ en cabeza del Estado. Para solucionar esta situación jurídica volveremos a aplicar brevemente un ejercicio de ponderación hermenéutica, un test de razonabilidad.

El ejercicio del poder punitivo del Estado lo reviste de la facultad jurisdiccional de imponer una pena cuando se ha cometido una transgresión a una norma jurídica del ordenamiento legal. Es completamente idóneo proteger la institucionalidad del Estado y de sus instituciones jurisdiccionales cuando luego de un proceso adelantado en forma legal y de acuerdo con los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, se ha impuesto una pena principal y una pena accesoria que conlleva a la expulsión del país de una persona, por lo que diremos que en una escala baja-media-alta tendrá la más alta de las prioridades para proteger este principio sobre los derechos de terceros.

No obstante, la legislación establece la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños sobre los derechos de los demás, y como uno de sus derechos interdependientes se encuentra el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Reviste de igual forma la más alta importancia dentro de la escala señalada arriba, y en forma prioritaria defender los derechos de los menores involucrados en esta situación de conflicto.

La necesidad de obedecer el principio de legalidad lleva a establecer un deber de protección a las decisiones de las autoridades jurisdiccionales. En el caso en concreto será completamente necesario acatar las penas impuestas por el órgano judicial. De igual forma existe una obligación imperante de protección del derecho fundamental

²⁶ Caso hipotético semejante estudiado en la sentencia T-076 de 2009.

²⁷ Es el principio tradicional de la discrecionalidad gubernamental para efectos de definir el ingreso de los extranjeros y su permanencia en el país. Sentencia T-215 de 1996.

de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, por lo cual se concluye una necesidad de protección de este principio fundamental.

Ante este panorama y verificando la idoneidad y necesidad de establecer una relación de precedencia condicionada de unos de los principios en perjuicio del otro, en igual valoración, la hermenéutica en el campo de la proporcionalidad nos ayudará a solucionar tal conflicto.

Los derechos fundamentales de los niños se revisten de un peso abstracto social muy alto por el carácter protector y garante de las necesidades específicas de la infancia de Colombia, incluso por encima del peso abstracto de la potestad migratoria del Estado.

La necesidad de establecer una relación de precedencia condicionada de la potestad migratoria del Estado sobre los derechos fundamentales de los niños, de algún modo resulta desproporcionada teniendo en cuenta los fines de las penas contempladas en el Código Penal colombiano. Como quiera que la pena accesoria en el campo penal tiene un fin preventivo, resocializador y protector²⁸, el intérprete deberá verificar si modificando la pena accesoria, ya sea reemplazándola o eliminándola, en ejercicio de la potestad migratoria del Estado, la cual es una discrecionalidad, se puede lograr equilibrar la obediencia al principio de legalidad y al fin de la pena derivado de la decisión jurisdiccional del juez penal, en armonía con los derechos fundamentales de los menores, quienes han resultado siendo terceros afectados.

Considerado el examen hermenéutico, se concluye la necesidad de establecer una relación de precedencia condicionada de los derechos fundamentales de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, sobre la potestad migratoria del Estado, para el presente caso; no sin antes advertir que no por ello el Estado limitará el ejercicio de su poder punitivo y solo considerará la pena accesoria en función de su fin establecido en el artículo 4 del Código Penal.

Como bien lo afirma Tobón, algunos países de tradición migratoria han evolucionado sus aparatos jurídicos hacia una cesión de su soberanía migratoria en función de los derechos humanos.

El test especial de ponderación de los derechos fundamentales de los niños en colisión con los derechos de sus padres

Lastimosamente donde más se presentan situaciones de conflicto de los derechos de los niños con otras personas es dentro del mismo campo familiar, en especial

²⁸ Ley 599 de 2000, artículo 4: Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

con sus propios padres. Los procesos de orden alimentario, los que definen la designación de la custodia y de la regulación de las visitas, son los más frecuentes dentro del ordenamiento colombiano.

Como quiera que en estos procesos se modifique la realidad fáctica de los menores, respecto de las decisiones administrativas y judiciales que en ellos se tome, el análisis hermenéutico de las decisiones que en ellas afecten sus derechos han de ser analizadas con “lupa” para no vulnerar sus derechos fundamentales²⁹.

En nuestro país se instituyó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en 1968 como organismo que pudiera dar solución a las problemáticas de la familia, la desnutrición infantil, la división familiar, la pérdida de valores y la niñez desvalida. Aunque actualmente la institución mantiene su misión inicial, hoy en día dirime diferentes conflictos que involucran la violencia intrafamiliar, custodia de los menores, fijación de cuota alimentaria, regulación de regímenes de visitas, adopción y reubicación de menores en situaciones de vulnerabilidad, a través de conciliaciones extrajudiciales, procesos administrativos de restablecimientos de derechos y el proceso administrativo de adopción.

Para poder determinar la mejor decisión posible que contribuya a garantizar los derechos de los niños, el ICBF debe acudir a determinar el interés superior del niño, que, como habíamos definido, es la prevalencia jurídica que les es otorgada a los niños, con el fin de dar un tratamiento preferencial en comparación con el que reciben los demás sujetos de derechos.

El ejercicio de ponderación de los derechos, el test de razonabilidad, no es suficiente para dirimir tales situaciones, para lo cual la jurisprudencia colombiana y la misma ley de infancia y adolescencia han fijado unos requisitos indispensables, que deben ser obedecidos por las autoridades administrativas y judiciales en los procesos que involucren derechos fundamentales de los niños.

Estos requisitos recogidos por la jurisprudencia, son un juicio de ponderación prolongado y especial para los derechos fundamentales de los niños, en el que no solo debe analizarse la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, sino que además deben tenerse en cuenta, la garantía del desarrollo integral del menor, la garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales

²⁹ El derecho de todos los niños y las niñas a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no solo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos.

del menor, la protección del menor frente a los riesgos prohibidos, el equilibrio de los derechos del menor con los derechos de sus padres, la provisión de un ambiente apto para el desarrollo del menor y la Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales.³⁰

Este especial test de razonabilidad obliga a verificar cada uno de estos ámbitos interdependientes para tomar cualquier decisión que afecte, modifique e involucre los derechos de los menores en los casos previamente establecidos, para lo cual se transcribirá la jurisprudencia que define cada uno de ellos, por la importancia que ella reviste.

La garantía del desarrollo integral del menor: consiste en 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. Compete a la familia, la sociedad y el Estado, brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor: estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 superior: 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. Sin embargo, no se agotan en estos.

Protección del menor frente a riesgos prohibidos: se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”, y el artículo 8 del Código del Menor precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de “toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación”.

³⁰ Sentencia T-510 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Espinosa.

Equilibrio con los derechos de los padres: 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. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor, tal solución se deben buscar en atención a las circunstancias del caso. 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, según se explica en el acápite anterior; 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.

Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor: a efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

Necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno-filiales: el solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas, no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir poderosos motivos adicionales, como los que se enuncian en los acápites anteriores, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y así justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica. Lo contrario equivaldría a efectuar una discriminación irrazonable entre niños ricos y niños pobres, en cuanto a la garantía de su derecho a tener una familia y a no ser separados de ella – un trato frontalmente violatorio de los artículos 13 y 44 de la Carta.

Referencias

- Alexy, R. (s.f.). *Epilogo a la teoría de los derechos fundamentales*. s.l.: s.n.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Canal RCN (2012, 17 de dic.). *Noticias*. Recuperado de http://www.canalrcnmsn.com/noticias/en_colombia_se_interponen_cerca_de_360_tutelas_al_d%C3%ADa_por_negligencia_de_las_eps
- Cepeda, J. A. (2009). *La otra bancada*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Cissé, Y., Sagot, J.L. & Fofana, A. (2003). *La charte du mandé et autres traditions du mali*. Paris: s.n.
- Constitución Política de Colombia de 1991.
- Constitución de la República de Tunja de 1811.
- Corte Constitucional colombiana (s.f.). *Trámite*. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/tramite-seleccion.php>
- Diccionario Manual de la Lengua Española. (2007). Madrid: Larousse.
- El País (2011, 3 de julio). 20 grandes cambios que generó la Constitución de 1991. *Diario El País, Cali, Colombia*.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Guendel, L. (s.f.). *El derecho y los derechos; distinción entre la juridización de las reglas y la posición moral sobre las relaciones entre las personas, políticas públicas y derechos humanos*. Instituto Internacional de Gobernabilidad.
- Higuera, D. M. (2012). *Bloque de constitucionalidad en Colombia: una propuesta de rigor y garantía*. Madrid: Editorial Académica Española.
- Higuera, D. M. (s.f.). *El mandato de optimización: criterio de la interpretación constitucional finalista*. s.l.: s.n.
- Human Rights. (s.f.) *Una breve historia sobre los derechos humanos*. Recuperado de http://www.humanrights.com/es_ES/what-are-human-rights/brief-history/declaration-of-human-rights.html
- López, D. E. (2002). *Manual de interpretación constitucional*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

- Melo, J. O. (2002). *Los derechos humanos en Colombia. Consolidación institucional de libertades individuales y derechos sociales*. Bogotá: s.n.
- Mollien, G.T. (s.f.). *El viaje de Gaspard-Théodore Mollien por la República de Colombia en 1823*. Biblioteca Virtual Luis Ángel Arango.
- Registraduría (s.f.). *Historia del voto en Colombia*. Recuperado de <http://www.registraduria.gov.co/-Historia-del-voto-en-Colombia-.html>
- Superintendencia Nacional de Salud de Colombia (2013). *Circular externa 10*.
- Tobón, L. E. (2010). *Prevalencia de los derechos de los niños frente a la potestad migratoria*. Barranquilla: Universidad del Norte.
- UNESCO (1989). Influences of the French revolution; Muslim societies, Japan, Latin America. *International Social Science Journal*.
- Vélez, A. (2005). *Cartago, Pereira, Manizales: cruce de caminos históricos*. Pereira: Editorial Papiro.
- Younes, D. (2006). *Derecho constitucional colombiano* (8 ed.). Bogotá: Editorial Ibáñez, Universidad Sergio Arboleda.