

SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA. CRITERIOS EN CUANTO A LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Julie Marcela Daza Rojas,
Docente – Candidata a Doctor en Derecho de la
Universidad Nacional de Colombia
Integrante Grupo de Investigación de Estudios del
Derecho de España, Portugal y América Latina -
Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura
y del Grupo de Investigación Filantropía Iuris -
Universidad Autónoma de Colombia

RESUMEN: La Corte Constitucional en Colombia, en pro de la garantía de igualdad real y efectiva, especialmente del deber de protección a las personas en condición o con mayor propensión a la vulnerabilidad, por razones de raza, sexo, condición social o económica, edad, condición física o mental, ha reiterado en sus fallos que es deber del Estado promover el ejercicio de sus derechos y hacerlos efectivos, así como también evitar cualquier discriminación basada en criterios sospechosos.

Para la Corte esta protección se realiza teniendo en cuenta dos enfoques, de un lado el enfoque poblacional, reconociendo que su pertenencia a un grupo por razones de edad, raza, sexo, condición social, entre otros, constituye un factor relevante de la discusión jurídica, de otro lado, con un enfoque diferencial, garantizando así un acceso equitativo en todos los ámbitos de la sociedad. La no discriminación, asistencia y protección a sus derechos se realiza a partir de la particularización de sus derechos.

PALABRAS CLAVE: sujetos de especial protección constitucional, enfoque poblacional, enfoque diferencial, protección, no discriminación, vulnerabilidad, derechos de los niños, niñas y adolescentes.

ABSTRACT: *The Constitutional Court in Colombia, in order to guarantee a real and effective equality, especially the duty of protection to people in condition or with greater propensity to vulnerability, for reasons of race, sex, social or economic condition, age, physical or mental condition, has reiterated in its rulings that it is the duty of the State to promote the exercise of their rights and make them effective in a situation of weakness, as well as to avoid any discrimination based on suspicious criteria.*

In the opinion of the Court, this protection is carried out taking into account two approaches: on the one hand the population approach, recognizing that their belonging to a group for reasons of age, race, sex, social status, among others, constitutes a relevant factor in the legal discussion; on the other hand, a differential approach, thus guaranteeing equitable access in all areas of society. The non-discrimination, assistance and protection of their rights is based on the particularization of their rights.

KEYWORDS: *subjects of special constitutional protection, population approach, differential approach, protection, non-discrimination, vulnerability, rights of children and adolescents.*

SUMARIO: 1.1. Introducción, 1.2. Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. Concepto, 1.2.1. Las Mujeres, 1.2.2. La Tercera edad o adultos mayores, 1.2.3. Habitantes de calle, 1.2.4. Indígenas, 1.2.5. Personas privadas de la libertad, 1.2.6. Personas en situación de discapacidad, 1.2.7. Personas con orientación sexual diversa, 1.2.8. Personas en situación de desplazamiento, 1.3. Niños, Niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, 1.4. Interés superior y protección integral a los niños, niñas y adolescentes en Colombia, 1.5. Conclusiones.

1.1. Introducción

El presente artículo tiene como objetivo precisar el concepto de sujeto de especial protección constitucional definido por la Corte Constitucional en Colombia, mediante el estudio de la jurisprudencia que ha tutelado los derechos de personas que se considera que forman parte de esta categoría por razones de raza, sexo, edad, condición social o económica, condición física o mental. Se tendrá en especial consideración la edad, para ahondar en la protección de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

Este breve estudio se realizará a partir de dos enfoques: poblacional y diferencial¹; el primero de ellos servirá para explicar por qué se hace necesario el reconocimiento de derechos a partir de las dinámicas particulares de grupo o sector de la población, y el segundo para comprender por qué se priorizan derechos de acuerdo con las dinámicas propias de estos grupos o sectores de la población. Todo ello nos permitirá identificar cuándo una persona puede ser considerada sujeto de especial protección constitucional.

Para lograr lo anterior, el artículo se dividirá en tres partes: la primera indagará el concepto de sujeto de especial protección constitucional y categorizará a partir de un enfoque poblacional a estos sujetos en razón de la raza, sexo, edad, condición social o económica, condición física o mental de los mismos, la segunda parte tratará específicamente sobre el criterio edad, pero circunscrito exclusivamente a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y finalmente se establecerá la importancia de tener en cuenta además de lo dicho por la Corte, el interés superior y la protección integral en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

1.2. Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. Concepto

La Corte Constitucional ha establecido que cualquier vulneración o afectación a los derechos fundamentales debe ser contrarrestada, y por lo tanto es deber de todas las autoridades públicas garantizar el ejercicio pleno de estos derechos, obligación que también

¹ Estos enfoques hacen parte de criterios que se estudian para medir los índices de desarrollo humano por parte de el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

víncula a los ciudadanos, y que deben abstenerse de realizar cualquier acción que afecte los derechos de otros, especialmente de aquellos que se consideran más vulnerables.

Esta garantía, concebida para todos los habitantes del territorio nacional es un desarrollo del derecho a la igualdad², que parte del reconocimiento de situaciones en que las personas no pueden ejercer sus derechos fundamentales plenamente y que por lo tanto ante la ocurrencia de cualquier desbalance, situación o acto los afecte por razones de raza, sexo, edad, condición social o económica, condición física o mental, debe generarse una acción del Estado para promover el ejercicio de los derechos y garantizar la protección de las personas que se encuentran en alguna de estas situaciones, especialmente ante cualquier discriminación basada en criterios sospechosos.

La Corte Constitucional³ ha establecido que son criterios sospechosos de discriminación y que deben ser tenidos en cuenta por los Jueces:

- La raza;
- La lengua;
- La religión;
- La apariencia exterior;
- La opinión política o filosófica;
- La condición social y/o económica;
- La pigmentación o color de la piel;
- El sexo, orientación sexual o la identidad de género;
- La enfermedad, discapacidad o pérdida de la capacidad laboral; y
- El origen nacional o familiar al igual que el étnico o de cualquier índole.

Para la Corte, cuando se constate la ocurrencia de conductas lesivas a los derechos de las personas, basadas en estos supuestos definidos con antelación, el juez debe verificar en cada caso, que los criterios sospechosos son categorías que se fundamentan:

- A. En rasgos permanentes y connaturales de las personas. Teniendo en cuenta que no se pueden prescindir de ellos por voluntad propia, porque o bien puede implicar una pérdida de identidad, o puede afectar libre desarrollo de la personalidad.
- B. Constituyen patrones de valoración cultural que históricamente han servido para generar menosprecio o segregación.
- C. En esencia no se consideran razones que permitan realizar una distribución racional y equitativa de bienes, derechos o cargas sociales.

² La primera concepción de la igualdad era abstracta en cuanto se entendía que todos eran iguales, así cuando en realidad esto no sucediera. Una segunda concepción se orientó a determinar que “el eje de la igualdad no estaba en la declaración abstracta de ser iguales, sino en el derecho a ser tratado con igualdad, en un plano más profundo, el derecho a la igualdad de oportunidades. Así, a la vez que se proscribían las diferencias de trato no justificadas, se obligaba a establecer diferencias de trato que ayudaran a disminuir las condiciones sociales de desigualdad respecto de los grupos históricamente discriminados, como los indígenas, las mujeres, los afroamericanos o los pobres, por medio de las llamadas acciones de discriminación afirmativa, así como de las personas en estado de discapacidad.” QUINCHE, Manuel Fernando (2012), Derecho Constitucional Colombiano: De La carta de 1991 y sus reformas, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá. Pág.96.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 314 de 2011, 4 de mayo de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

D. Sí se toman como base para justificar el trato diferenciado, por regla general, se presume que se ha incurrido en una conducta arbitraria e injusta, que viola el derecho a la igualdad. Solo podrían utilizarse cuando existe una justificación objetiva y razonable que así lo permita.

Ante la verificación de un criterio sospechoso, es deber entonces proteger el derecho, teniendo como base la no discriminación, la asistencia y protección a sus derechos con un enfoque diferencial, garantizando un acceso equitativo en todos los ámbitos de la sociedad, para lograr esta protección; por ello es que la Corte creó la categoría “*sujetos de especial protección constitucional*”, la cual:

“Se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza.”⁴

En este panorama, se ha definido que son sujetos de especial protección constitucional⁵, aquellos que están expuestos a una mayor vulnerabilidad; lo cual implica un tratamiento especial por parte del Estado, quien debe prevenir cualquier afectación, brindar la atención indispensable, salvaguardar sus derechos individuales y colectivos, haciendo una diferenciación positiva, un trato preferente para el ejercicio de sus derechos⁶.

Es útil esta categoría, toda vez que sirve para tomar medidas concretas y adecuadas al grupo poblacional al que pertenece el sujeto, la Corte Constitucional considera que “la atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho.”⁷

Se parte entonces de reconocer las diferencias para generar grupos poblacionales, es decir agrupaciones de personas que comparten los mismos rasgos e identidad, organizados así para garantizar en primer lugar su derecho a la igualdad. Teniendo en cuenta lo prescrito por la Corte Constitucional y el artículo 13 de la Constitución Política, para efectos del presente escrito, se organiza esta categoría así:

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 167 de 2011, 11 de marzo de 2011, Magistrado Ponente, Juan Carlos Henao Pérez. En ese mismo sentido se pronuncio la Corte en las siguientes sentencias: T – 972 de 2006, T – 700 de 2006, T – 340 de 2010 y T – 110 de 2011.

⁵ En Sentencia T – 736 de 2013 la Corte Estableció que: “el amparo reforzado de los sujetos de especial protección constitucional, parte del reconocimiento que el Constituyente de 1991 hizo de la desigualdad formal y real a la que se han visto sometidos históricamente. (...) la Corte Constitucional ha señalado como sujetos de especial protección a los niños y niñas, a las madres cabeza de familia, a las personas en situación de discapacidad, a la población desplazada, a los adultos mayores, y todas aquellas personas que por su situación de debilidad manifiesta los ubican en una posición de desigualdad material con respecto al resto de la población”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 736 de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

⁶ Ver Sentencia T – 025 de 2004.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-362 de 2016, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- a. En razón a la edad:
 - a.1. Los niños, niñas y adolescentes.
- b. En razón a su condición física o mental;
 - a.2. Las personas en condición de discapacidad .
 - a.3. Las personas que se encuentran en la llamada tercera edad o adultos mayores.
- c. En razón de su sexo u orientación sexual:
 - b.1. Las mujeres.
 - b.2. Las personas con una orientación sexual diversa –LGBTI- (Lesbianas, Gay, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales).
- d. En razón de su condición social:
 - c.1. Los habitantes de calle.
 - c.2. Las personas privadas de la libertad.
 - c.3. Las personas en condición de desplazamiento.
- e. En razón de la diversidad étnica y cultural:
 - d.1. Los indígenas y otras minorías étnicas (gitanos, raizales, afrodescendientes).

Se han agrupado así, a fin de considerar la forma en que desarrollan sus vidas por el hecho de pertenecer, compartir características demográficas, morfológicas, y/o identificarse de igual manera con otras personas y que constituyen un factor relevante para distinguirlos de los otros. A continuación se esbozarán argumentos y aspectos relevantes para la Corte en cuando a la protección de cada grupo, que se reitera obedece a un enfoque poblacional y diferencial.

1.2.1. Las mujeres

Debido a que es una realidad histórica la violencia⁸, discriminación y exclusión hacia las mujeres; fenómeno de alto impacto en nuestra sociedad, el Estado se ha visto obligado por la presión de los movimientos sociales a establecer acciones en favor de este grupo social.

Pero la sola consideración del sexo biológico, no determina el hecho de ser mujer, ni tampoco constituye una limitante, siendo este último criterio el que quiere erradicarse de la sociedad, por ello también pueden generarse dentro de esta agrupación una distinción más particularizada que permita definir el marco de protección principal y a la vez tomar elementos para lograr así una protección más efectiva. Es el caso por ejemplo de las madres

⁸ Por esta razón es que la Corte Constitucional ha considerado a las mujeres como sujeto de especial protección constitucional, estableciendo en este sentido que: "(...) es considerada como una persona vulnerable y, en esta medida, sujeto de especial protección tanto en el derecho internacional, como en el ordenamiento jurídico interno de los Estados." Sentencia C-776 de 2010, del 29 de Septiembre de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. En el mismo sentido se ha pronunciado en otros fallos, entre ellos la Sentencia C- 048 de 1996, de 8 de Febrero de 1996, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara.

cabeza de familia⁹, mujeres embarazadas, o también cuando tienen otra posición en la sociedad, es decir; cuando son niñas, indígenas o padecen de alguna discapacidad.

La protección a las mujeres, como sujeto de especial protección constitucional, se ha enfocado dicha protección en garantizar:

- a. La igualdad y no discriminación en razón del sexo;
- b. La prohibición al ejercicio de cualquier forma de violencia;
- c. El acceso a cargos decisorios y de participación política;
- d. Protección en cuanto a sus derechos laborales, especialmente la protección reforzada en cuanto a la maternidad.

1.2.2. La tercera edad o adultos mayores

Se considera en la legislación Colombiana que se llega a la tercera edad¹⁰ al cumplir los 72 años, siguiendo el criterio establecido por la Corte Constitucional en Sentencia T- 138 de 2010¹¹, por lo tanto es persona de la tercera edad quien tenga una expectativa de vida superior a la oficialmente reconocida en el país¹².

Se consideran sujetos de especial protección constitucional¹³ puesto que: “En el sistema nacional, el mandato de protección especial ha sido vinculado con el cuidado que merece la condición física y mental de las personas de la tercera edad, bajo el concepto jurídico de “Estado de indefensión”, inicialmente planteado para la acción de tutela contra particulares, pero extendido al compromiso de derechos de grupos de personas, circunstancia que acontece “cuando la persona ofendida se encuentra inerme o desamparada, es decir, sin medios físicos o jurídicos de defensa y elementos insuficientes para resistir o repeler la

⁹ Si bien se ha dado un cambio en el rol que desempeña la mujer hoy en día, todavía es un proceso en construcción, siendo importante destacar que: “Este cambio se ha producido en un ambiente difícil, donde la mujer ha tenido que sentir la resistencia de estructuras rígidas, que la discriminan, aún al interior de la familia. El proceso de modernización de la participación de la mujer en actividades productivas, ha sido acompañado por la permanencia de esquemas que le imponen trabajo doméstico, debiendo realizar doble jornada.” NACIONES UNIDAS. El Cambio Social en Colombia y sus Repercusiones en la Familia. Santiago de Chile. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. 1993. Pág. 17.

¹⁰ Es importante precisar que este concepto es diferente al de vejez, ya que este último se concibe como el momento en el cual se puede acceder a una pensión.

¹¹ Estableció la Corte: “El criterio para considerar a alguien de “la tercera edad”, es que tenga una edad superior a la expectativa de vida oficialmente reconocida en Colombia. Este criterio reconoce, por un lado, que la edad legalmente definida para efectos de pensión suele tener un rezago considerable frente a las realidades demográficas. Y por otro lado, introduce un parámetro de distinción objetivo y técnicamente definido, que le permite al juez constitucional, dentro del universo de quienes han llegado a la edad para hacerse acreedores a una pensión de vejez –regla general-, determinar a aquel subgrupo que amerita una especial protección constitucional y por lo tanto, quienes hacen parte de él podrían eventualmente, si concurren los demás requisitos de procedibilidad jurisprudencialmente establecidos, reclamar su pensión de vejez por la vía excepcional de la tutela.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 138 de 2010, 24 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

¹² La Ley 1276 de 2009, que modificó la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y estableció nuevos criterios para la atención integral del adulto mayor en los centros de vida, establece en el artículo 7, literal b, que es adulto mayor: “Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros de vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen.”

¹³ Es importante resaltar que se critica mucho esta posición por cuanto se aduce que se queda en el aspecto asistencial, al respecto aduce KEMELMAJER: “Se ha sostenido que los derechos de la ancianidad sufren una doble *capitis diminutio*, de un lado, en el mejor de los casos, forman parte del grupo de derechos humanos económicos, sociales y culturales, de limitada eficacia; del otro, constituyen un grupo de derechos bastante novedoso, de reciente consagración, por lo que son objeto, en el mejor de los casos, de políticas sociales coyunturales y no de derechos subjetivos directamente operativos.” KEMELMAJER, De Carlucci Aida Rosa, (2010), El nuevo Derecho de Familia, Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez, Bogotá. Pág. 204.

vulneración del derecho fundamental.”¹⁴ Se les protege especialmente en los siguientes aspectos:

- a. Protección y asistencia en ausencia de su familia;
- b. Preservación de su salud y garantía de una vida digna;
- c. Garantía de un mínimo vital para asegurar el cubrimiento de sus necesidades básicas;
- d. Mecanismos de protección ante el abandono y ejercicio de la violencia por parte de sus familias.

1.2.3. Habitantes de calle

Se considera habitante de calle a aquellas personas que no residen en una vivienda, no tienen un hogar estable y que por el contrario desarrollan su vida en los espacios públicos, al aire libre y sin ninguna protección, siendo un grupo especialmente marginado.

Un concepto claro de esta población, los concibe como: “El habitante de y en la calle, es la persona de cualquier edad, que generalmente ha roto en forma definitiva los vínculos con su familia y hace de la calle su espacio permanente de vida.”¹⁵ Desde el punto de vista consuetudinario¹⁶ en cuanto a sus derechos, es necesario enfocarse en:

- a. El acceso a servicios básicos;
- b. La atención terapéutica y salud;
- c. El cambio en la percepción que se tienen de ellos, en especial que no se olvide que son seres humanos; ya que la sociedad tiende a considerarlos como indeseables,
- d. La reducción del daño personal sea causado por adicciones, depresión, violencia, desplazamiento o por cualesquier trauma que los llevara a esta condición.

1.2.4. Indígenas¹⁷

Dado a que tradicionalmente han sido un grupo humano discriminado, se ha establecido que merecen esta connotación para evitar la continua vulneración a sus derechos y la garantía de la igualdad material que estipula la Constitución Política.

Al respecto ha señalado la Corte Constitucional: “La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de

¹⁴ QUINCHE, Manuel Fernando (2012), Derecho Constitucional Colombiano: De La carta de 1991 y sus reformas, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá. Pág. 241.

¹⁵ Concepto desarrollado en la Exposición de Movtos del Acuerdo 008 de 2009, por medio del cual se establecen lineamientos de política pública para la atención, inclusión y mejoramiento de la calidad de vida del habitante de calle en el Distrito Capital, y se dictan otras disposiciones, de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

¹⁶ Ha establecido la Corte Constitucional: “Tal mandato no es una simple fórmula retórica sino una obligación exigible jurídicamente. Implica que “el Estado tiene un deber constante con los ciudadanos consistente en proporcionarles bienestar, lo cual se traduce en proveer un mínimo de bienes y servicios, materiales y espirituales al alcance de los individuos y propender porque todos los colombianos tengan empleo, seguridad social, vivienda, educación, alimentos, etc”. En consecuencia, las autoridades deben valorar las condiciones de marginalidad, alienación, ignorancia o pobreza extrema de los habitantes de la calle para erigir acciones afirmativas focalizadas en sectores poblaciones especialmente vulnerables.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 043 de 2015, 4 de febrero de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁷ Es importante precisar que dicha protección se fundamenta a la vez en la Ley 21 de 1991, aprobatoria del convenio No. 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76 ava reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989.

vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas.”¹⁸ A este grupo humano se les busca proteger y garantizar especialmente:

- a. Acceso a servicios básicos;
- b. Respeto y protección a su territorio;
- c. Respeto por su cosmovisión y opinión;
- d. Aseguramiento de su participación política;
- e. Reconocimiento y respeto por su jurisdicción;
- f. Preservación de su identidad, garantizando su autonomía;
- g. Protección y albergue cuando se encuentran en condición de desplazamiento.

1.2.5. Personas privadas de la libertad¹⁹,

Se parte de considerar, que si bien las personas privadas de la libertad sufren una supresión y restricción a algunos sus derechos, esto no implica que todos los demás deban ser desconocidos, ya que a pesar de que no gocen de la libertad, es decir; no puedan ejercer su derecho a al libre locomoción, hay derechos inherentes a su condición de ser humano que no admiten limitación.

Ha establecido la Corte Constitucional al respecto que; “(...) por cuenta de su reclusión, son sujetos de especial protección, en la medida en que no pueden satisfacer por sí mismos sus necesidades en la materia, como quiera que no es posible que se afilien a los regímenes del Sistema de Salud, o que acudan a una institución pública o privada en búsqueda de atención médica. En este orden de ideas, el Estado se obliga a asegurar de forma absoluta su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, garantizando el acceso de los internos a los servicios de salud que requieran para tratar las enfermedades que los aquejen.”²⁰

En cuanto a sus derechos se debe garantizar especialmente:

- a. Acceso a servicios básicos;
- b. Garantía a un mínimo vital durante su detención;
- c. Respeto por la dignidad humana sin limitación alguna;
- d. Garantía de los derechos que no han sido suspendidos;

¹⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 282 de 2011 , 12 de abril de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ En la Sentencia T – 266 de 2013, la Corte Clasificó sus derechos en tres categorías y estableció “La Corte ha clasificado sus derechos fundamentales en tres categorías: (i) aquellos que pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta (como la libertad física y la libre locomoción); (ii) aquellos que son restringidos debido al vínculo de sujeción del recluso para con el Estado (como derechos al trabajo, a la educación, a la familia, a la intimidad personal); y (iii) derechos que se mantienen incólumes o intactos, que no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre sometido al encierro, dado a que son inherentes a la naturaleza humana, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la salud y el derecho de petición, entre otros.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 266 de 2013, 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T – 744 de 2009, 19 de Octubre de 2009, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

- e. Acceso a la salud, respeto por la vida e integridad personal.

1.2.6. Personas en situación de discapacidad.²¹

Cualquier persona que padezca una limitación física, sensorial y psíquica debe recibir del Estado atención especializada y acceso a: los espacios públicos, el campo laboral, educación, salud, transporte y todos aquellos derechos que se ven especialmente afectados por su condición.

Ha establecido la Corte que: “Las personas que se encuentran en alguna circunstancia de discapacidad tienen una protección constitucional reforzada, de conformidad con los artículos 13 y 47 de la Carta y a la luz de la Convención -entre otros instrumentos internacionales-, razón por la cual el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para promover el ejercicio pleno de sus derechos.”²² Frente a ellos se debe tener en cuenta que el Estado debe garantizar:

- a. Diferenciación positiva;
- b. Integración social plena;
- c. Erradicación del estigma y la discriminación;
- d. Garantía del derecho a la salud y rehabilitación;
- e. Accesibilidad y fomento de espacios adecuados para su movilidad.

1.2.7. Personas con orientación sexual diversa

En el sistema jurídico político se ha establecido la necesidad de proteger a las personas que hacen parte de grupos minoritarios y que historicamente han sido discriminados, entre ellos se encuentran aquellos que obtan por una opción sexual diversa y que tienen una identidad de género diferente a la heterosexual, se les protege especialmente el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad y por consiguiente no sean discriminados ni segregados. Al respecto ha establecido la Corte:

“Así, la doctrina constitucional ha señalado que la Carta eleva a derecho fundamental "la libertad en materia de opciones vitales y creencias individuales", lo cual implica "la no injerencia institucional en materias subjetivas que no atenten contra la convivencia y organización social. Es evidente que la homosexualidad entra en este ámbito de protección y, en tal sentido, ella no puede significar un factor de discriminación social". Toda diferencia de trato de una persona debido a sus orientaciones sexuales equivale en el fondo a una posible discriminación por razón del sexo, y se encuentra sometida a un idéntico

²¹ Colombia ratificó mediante Ley 1346 de 2009, la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad, la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 933 de 2013, 9 de diciembre de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. También ha establecido la Corte: “Las personas que se encuentran en alguna circunstancia de discapacidad tienen una protección constitucional reforzada, de conformidad con los artículos 13 y 47 de la Carta y a la luz de la Convención -entre otros instrumentos internacionales-, razón por la cual el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para promover el ejercicio pleno de sus derechos.” CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 192 de 2014, 1 de abril de 2014, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

control judicial, esto es a un escrutinio estricto.”²³ Se protege especialmente para garantizar:

- a. Respeto por su identidad de género;
- b. Protección en los espacios laborales;
- c. Acceso igualitario a las uniones civiles;
- d. Derecho a cambiar su nombre y su sexo;
- e. No restricción a su derecho a la educación;
- f. Garantía del libre desarrollo de la personalidad;
- g. No discriminación para el acceso a lugares públicos y/o privados.

1.2.8. Personas en situación de desplazamiento.²⁴

Las personas que se han visto en la obligación de cambiar su residencia, abandonar sus lugares de origen y asentarse en otras ciudades donde no cuentan con una red de apoyo, con el fin de proteger su vida e integridad personal, en razón del conflicto armado que se vive en el país, son consideradas sujetos de especial protección constitucional, no solo por el desarraigo y las consecuencias que ello trae consigo, sino también por la falta de capacidad del Estado para evitar dicha situación.

La Corte ha establecido respecto de lo anterior que; “la especial protección constitucional que la jurisprudencia de la Corte ha otorgado a la población desplazada no es más que la materialización de las diferentes garantías constitucionales que tienen como fin la protección de la persona humana, que se armoniza con el deber que recae en todas las autoridades del Estado de emprender acciones afirmativas a favor de la población que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta.”²⁵ Por lo anterior, además de la protección y garantía de los derechos fundamentales, es deber del Estado:

- a. Recibir un trato preferente;
- b. Garantizar una vivienda digna;
- c. Garantía del derecho a la salud;
- d. Vinculación a programas de construcción social;
- e. Asegurar la reintegración económica, cultural, educativa;
- f. Buscar el retorno a sus ciudades de origen y restituir sus tierras;
- g. Reubicar las personas en condición de desplazamiento en zonas que no representen riesgo para ellas

1.3. Niños, Niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 481 de 1998, 9 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²⁴ Mediante Ley 387 de 1997, se adoptaron las medidas para la prevención del desplazamiento forzado, la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por violencia en el país, esta ley fue reglamentada por los Decretos 976 de 1997, 2378 de 1997, 951 de 2001, 2562 de 2001, 2569 de 2001. Así como también mediante Ley 1448 de 2011, en la cual se establecen las medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, reglamentada en los Decretos 4155 de 2011, 4633 de 2011, 4634 de 2011 y 4635 de 2011.

²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-239 de 2013, 19 de abril de 2013, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

Como se mencionó al inicio del presente escrito, en este texto se hará énfasis en los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, para lo cual teniendo en cuenta el enfoque poblacional al que se ha hecho referencia, debe precisarse que de acuerdo con la Ley 12 de 1991, mediante la cual el Estado colombiano adopta la Convención Internacional de los Derechos del Niño, el país defiende la postura de que es niño; toda persona menor de 18 años.

No obstante lo anterior, se han establecido subgrupos para la garantía y priorización de sus derechos, lo tanto; se encuentran en la primera infancia los niños y niñas entre los 0 y 6 años de edad, abarcando esta edad, se concibe que son niños o niñas entre los 0 a 12 años y adolescente entre los 12 y 18 años. Debe considerarse en otro momento, que esta delimitación es arbitraria e implica una adquisición de los derechos de forma escalonada y limitada, ya que según ella no se adquieren los derechos; sino una vez se accede a determinada edad, pero esta discusión no se abordará en el presente escrito, aunque si es importante que se considere en futuras disertaciones.

La protección a los niños, niñas y adolescentes, radica en que esta es necesaria para lograr que desarrollen todo su potencial en beneficio de la sociedad²⁶, por lo tanto desde su nacimiento se debe garantizar que sobrevivan en un ambiente sano, amoroso y equitativo, siendo o responsable de ello la familia, pero también la sociedad y el Estado, en virtud de la corresponsabilidad que se les exige.

De forma sucinta, para no realizar una reconstrucción histórica, debe decirse que los derechos de estos sujetos ha sufrido transformaciones en los últimos años, la doctrina establece que la aparición de los derechos de los niños tiene su origen con el desarrollo de los derechos humanos y específicamente en el Siglo XX, el cual que va desde la limitación a ciertos derechos humanos reconocidos para todos y luego a la especificación de los derechos y su protección en razón a la edad. El derecho evolucionó entonces, y dejó de considerar a los niños como propiedad de sus padres²⁷, circunstancia a la que se denominó *situación irregular* y en una segunda etapa, en la que ahora nos encontramos, en la que se les concibe como sujetos de derechos, se denomina *protección integral*.²⁸

²⁶ Se reconoce la importancia de la incorporación de estos derechos en la Constitución Política y la elevación de categoría de derechos fundamentales y especialmente, se concibe que “Como los demás derechos humanos, los Derechos del Niño no son solamente un conjunto de normas, sino que constituyen un proyecto ético y pol, que busca construir un mundo más justo, a partir del principio fundamental de proteger a los más pequeños y a los más débiles, comportamiento común a casi todas las especies animales, pero que parece haberse olvidado a la especie humana.” DURAN, ERNESTO (2010), “Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate”, en: KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aida & DURAN ERNESTO eds., *El Nuevo Derecho de Familia*, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 2010, pág. 40.

²⁷ Se parte incluso de que el cuidado familiar se puede realizar también a través de la familia extensa; “La familia extensa es el segundo tipo de organización familiar en importancia en el país. Se ha establecido a partir de las funciones de conyugalidad y procreación y se ha trascendido hacia el cuidado de los parientes dependientes y hacia la generación de redes de solidaridad social y económica, por ejemplo con hijos separados o viudos, nietos huérfanos, etc.” NACIONES UNIDAS, *El cambio social en Colombia y sus repercusiones en la Familia*, Santiago de Chile. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 1993, pág. 8. En el mismo sentido se pronuncia QUIROZ, Monsalvo Aroldo, *Manual Derecho de Infancia y Adolescencia (Aspectos Sustanciales y Procesales)*, segunda edición, Librería Ediciones del Profesional, Colombia, 2013, pp. 58 y siguientes.

²⁸ Fue una pieza clave para este cambio, como ya se dijo la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por nuestro país por ley 12 de 1991. “La convención considera a cada niño como un sujeto pleno de derechos exigibles, en contraposición a la anterior visión del niño y la niña como un conjunto de necesidades, objeto de protección y control de los padres o el Estado, que fue el eje de la llamada “legislación de menores” en el mundo entero, de la cual el Código del Menor colombiano es un buen ejemplo.” DURAN, ERNESTO (2010) Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate. En: KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aida & DURAN ERNESTO Editores, *El Nuevo Derecho de Familia*, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 2010, pág. 43.

El cambio en la concepción de los niños como propiedad²⁹ y así mismo, bajo la consideración de un sujeto no relevante para los sistemas jurídicos, se tiene que “Antes del siglo XX, los niños y niñas fueron prácticamente ignorados por el derecho en el mundo, hasta el punto de ser casi antinómicos en la tradición jurídica los términos derecho y niñez. Se protegían solo las facultades –por lo general muy discrecionales- de los padres y de los jueces. Los intereses de los niños y las niñas eran un asunto privado, que quedaba por fuera de la regulación de los asuntos públicos.”³⁰

Se resalta que los niños, niñas y adolescentes se encontraban ausentes de las regulaciones jurídicas, pues solo se les consideraba frente al ejercicio del control parental, pero hoy, ya se discute la adquisición de capacidad progresiva y participación política al menos en las decisiones que les competen, frente a esto último se requiere hoy entrar a considerar incluso su plena participación para la definición de sus derechos, siendo importante en los modelos democráticos, especialmente porque se prepara el camino para su plena participación en sociedad, sin que por ello deban de ser excluidos hasta el momento en que ello suceda, ya que “los niños pueden encontrar protección en el estado civil, producto del pacto social, pero no forman parte de él.”³¹

Algunos movimientos sociales han instado al Estado para que se reformule el derecho y que se busque que el sistema jurídico asuma una postura de respeto pleno de los derechos de este sujeto de especial protección, teniendo en cuenta las diferencias con los adultos, especialmente porque estos son los que tradicionalmente ejercen el poder sobre los niños³².

Se tiene entonces que la concepción frente a los derechos de los niños implica que estos en todos los escenarios en que participen tienen derecho a manifestar sus opiniones, en aquellas circunstancias que los afectan, es determinante debido a que “La postura de la protección integral tiende a que los niños y adolescentes como sujetos de derechos, puedan gradualmente tener capacidad para ejercer sus derechos independientemente a los adultos.”³³

En la actualidad, al ser un asunto de interés público, se ha ampliado el alcance de la protección, que obliga a que el Estado no se limite a respetar y por consiguiente, no invadir

²⁹ Al respecto reflexiona GÓMEZ: “La autoridad parental, sólidamente establecida durante siglos como uno de los pilares educativos de la familia, se ha debilitado y el paso de unas nuevas formas de relación más democráticas no siempre puede darse sin crisis, conflictos y una cierta dosis de desorientación, tanto por parte de los padres como de los hijos.” GÓMEZ, Carmen, “Monitoreo y seguimiento de los derechos de la niñez”, en: KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aida & DURAN ERNESTO eds., *El Nuevo Derecho de Familia*, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 2010, pág. 40.

³⁰ DURAN, ERNESTO (2010) Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate. En: KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aida & DURAN ERNESTO Editores, *El Nuevo Derecho de Familia*, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 2010, pág. 41.

³¹ BARATTA, Alessandro, (1997). *Infancia y democracia.*, pág. 6. Texto en la Web tomado de: http://www.ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/PDF/infancia_democracia_a_baratta_2014_09_16_22_04_25_794.pdf Consultado por última vez: 17 de Marzo de 2016. Hora: 12:30. P.M.

³² Sigue este escrito la idea planteada por García Méndez, quien reflexionando sobre el nuevo derecho de infancia invito a que se realice un balance constructivo sobre el mismo “El movimiento del nuevo derecho de la infancia no solo espera un balance crítico (que ojalá sea externo a su lógica, a su cultura y a su funcionamiento) sino además una profunda reflexión relativa a sus potenciales consecuencias y a su carácter contaminante positivo (y si fuera el caso negativo) sobre el resto del derecho”. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores) (1998), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)*, Temis, Bogotá. 1998, pág. 21.

³³ QUIROZ MONSALVO, Aroldo, *Manual Derecho de Infancia y Adolescencia (Aspectos Sustanciales y Procesales)*, segunda edición, Librería Ediciones del Profesional, Colombia, 2013, pág. 54.

la esfera privada y familiar, sino que realmente restrinja el poder de los adultos sobre los niños, niñas y adolescentes. Se puede inferir, que este cambio se dio debido a que se concebía que el cuidado de los mismos estaba circunscrito al ámbito doméstico, privado y que el Estado solo debía intervenir cuando se denunciaba una vulneración a los derechos, con lo cual el sistema jurídico político no era preventivo sino intervencionista, siendo así, ante la falta de protección a los niños, niñas y adolescentes se gestó la transformación del derecho para dar una mayor garantía y prevención para evitar las vulneraciones a los derechos, que genera una responsabilidad mayor en otros ámbitos ya que “por una parte, resulta obvio y evidente que el nuevo derecho exige una profunda renovación en las filas de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores), no resulta tan clara la extensión y profundizada de la renovación, necesaria en el campo de los operadores sociales (pedagogos, asistentes sociales, psicólogos, etc)”³⁴

Acompañando la transformacise hace indispensable también el desarrollo de políticas públicas donde desarrollen los derechos, ya que la creación de normas no es suficiente para la garantía de los mismos, se concibe que “leyes que, si bien nadie piensa como instrumentos mágicos, ni mucho menos suficientes para cualquier cambio profundo en las condiciones materiales de la infancia, han servido para ser endendidos como condición *sine qua non* de la mejora de la situación de niños y adolescentes.”³⁵

Se parte de considerar que este grupo poblacional requiere especial atención porque se encuentran en situación propensa a que se le vulneren sus derechos, así como también se considera que se debe acompañar el proceso de crecimiento para que puedan tomar decisiones adecuadas para su vida, siguiendo el camino de la adquisición progresiva de capacidad; “La comprensión, aceptación y defensa de los niños y de sus derechos, es impostergable en el sistema colombiano, históricamente domnado por la comprensión civilista del menor como “incapaz” y como titular de derechos de segundo nivel respecto del adulto, en un medio de altísima violencia intrafamiliar.”³⁶

Teniendo en cuenta lo anterior y siguiendo el esquema planteado al inicio del texto, tal y como se hizo con los otros sujetos de especial protección constitucional, frente a los niños, niñas y adolescentes la Corte Constitucional Colombiana ha determinado que hacen parte de esta categoría y que; “nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los niños la condición de sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual, también deben ser objeto de medidas de discriminación positiva, orientadas a materializar en ellos el fin ulterior del Estado social de derecho.”³⁷ Es deber del Estado:

- a. Garantizar el acceso a servicios públicos
- b. Aseguramiento de condiciones de bienestar y de desarrollo sano e integral.
- c. Ser escuchados y a tener en cuenta su opinión en la toma de decisiones.³⁸

³⁴ *Ibíd.*, pág. 18.

³⁵ *Ibíd.*

³⁶ QUINCHE, Manuel Fernando (2012), *Derecho Constitucional Colombiano: De La carta de 1991 y sus reformas*, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, pág. 250.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-796 de 2013, 12 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁸ En cuanto a este se aduce: “El derecho a ser escuchado, significa también el derecho a ser respetado en su capacidad de orientación autónoma a comenzar con la esfera vegetativa para llegar a la esfera intelectual y moral.” GARCÍA, Méndez, Emilio (1998), En:

- d. Mantener la unidad familiar y protegerlos de cualquier forma de abandono.
- e. Velar porque las decisiones administrativas y judiciales que se tomen sean las que más beneficio representen para ellos.
- f. Garantizar la primacía de sus derechos y ante una colisión de sus derechos con los de los demás tomar la decisión más favorable.
- g. Libertad y acompañamiento para determinar su religión, cultura, identidad de género, cultura.

Esto no implica, que se consideran aisladamente los derechos y menos que se dejen de considerar los establecidos en otros cuerpos normativos; como el Código Civil y el Código de la Infancia y Adolescencia, sino que desde el punto de vista constitucional estas garantías se tienen en consideración a ser catalogados como sujeto de especial protección, sus otros derechos se tendrán en cuenta dependiendo de la acción que se exige del Estado.

Todo lo anterior, se justifica en tanto que es claro que “además de los derechos reconocidos para todos los seres humanos independiente de su edad, los menores de 18 años, por su condición particular de vivir un proceso de maduración física y mental, necesitan de “protección y cuidados especiales” que garanticen el desarrollo de sus capacidades físicas, intelectuales, espirituales, morales y sociales.”³⁹ Su protección no debe encontrarse aislada con respecto a la de otros sujetos, siendo indispensable que los ordenamientos jurídicos reconozcan la importancia de la misma.

Conforme a lo dicho, a pesar de el cambio de paradigma en la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y la especial protección de la que son titulares, no debe desconocerse que aún el derecho de infancia no se ha terminado de consolidar, ya que aún es incipiente su participación en la toma de decisión sobre el ejercicio de sus derechos, limitándose a sobre su cuidado y aspectos muy específicos de su libertad personal, por lo cual la normatividad infancia y adolescencia aún tiene un reto importante; avanzar en este sentido, “El movimiento del nuevo derecho de la infancia no solo espera un balance crítico (que ojalá sea externo a su lógica, a su cultura y a su funcionamiento) sino además una profunda reflexión relativa a sus potenciales consecuencias y a su carácter contaminante positivo (y si fuera el caso negativo) sobre el resto del derecho”.⁴⁰

1.4. Interés superior y protección integral a los niños, niñas y adolescentes en Colombia

De acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, se puede concluir parcialmente que los niños, niñas y adolescentes de 0 a los 18 años, tienen los mismos derechos que los

Infancia, ley y democracia en América Latina, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño (1990-1998), Temis, Bogotá. Pág. 55.

³⁹ DURAN, ERNESTO (2010), “Los derechos de los niños y las niñas: marco general y puntos de debate”, en: KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aida & DURAN ERNESTO, eds., *El Nuevo Derecho de Familia*, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 2010, pág.39.

⁴⁰ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1998), en: *Infancia, ley y democracia en América Latina, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)*, Temis, Bogotá, pág. 18.

adultos, solo que algunos se encuentran suspendidos en su ejercicio hasta tanto se cumpla la edad para que los niños se involucren en otros ámbitos diferentes al familiar, siendo así; “Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual, constituyen un conjunto de derechos – garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos – prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.”⁴¹

Esta suspensión comporta así mismo, que para garantizar que los derechos se pueden ejercer a la edad que el Estado considera adecuada, sus derechos prevalecen sobre los derechos de todos los demás, esto implica que “(...) en toda actuación administrativa o judicial, de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con esta población, prevalecerán los derechos de estos, inclusive, si existen conflictos entre sus derechos fundamentales con cualquier otra persona, prevalecen los derechos de la infancia y la adolescencia.”⁴²

La prevalencia de derechos, se encuentra consagrada expresamente en el artículo 44 de la Constitución Política y desarrollada en el artículo 9 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, según este principio las decisiones que se tomen en cuanto a la garantía y restablecimiento de los derechos de este grupo poblacional deben ser ponderadas e inclinarse a su favor. Por lo tanto, en caso de que exista tensión entre los derechos de los ellos y los de otras personas, se deben resolver a favor de los primeros, siempre que no se este vulnerando un derecho fundamental de mayor envergadura.

Frente a este principio ha dicho la Corte Constitucional: “De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado, y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.”⁴³

En cuanto a la prevalencia se considera que; “En el caso específico de los derechos de los niños, la cláusula de prevalencia implica que si en la solución de un caso concreto, concurren simultáneamente los derechos de estos, al lado de los derechos de otro titular,

⁴¹ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (1998), en: *Infancia, ley y democracia en América Latina, Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)*, Temis, Bogotá, pág.74.

⁴² QUIROZ MOLSALVO, Aroldo, *Manual Derecho de Infancia y Adolescencia (Aspectos Sustanciales y Procesales)*, segunda edición, Librería Ediciones del Profesional, Colombia, 2013, pág. 80.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-557 de 2001, M. P.: María Victoria Calle Correa.

incluso los del propio Estado, debe hacerse una ponderación y darse aplicación prevalente a los derechos de los niños.”⁴⁴

Por lo tanto, en cuanto al conflicto entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de especial protección constitucional y entre otros sujetos que ostentan esta categoría, debe intentarse la modulación de los derechos, es decir; tener en cuenta uno y otro derecho; “(...) la armonización de los derechos de los niños con los derechos de los adultos, es decir preservar el equilibrio entre los derechos del infante y los de los mayores; cuando dicho equilibrio se altera o se presente un conflicto entre los derechos de los adultos y los del niño que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés del estos.”⁴⁵ Pero teniendo en cuenta la protección de los niños como eje central de cualquier discusión.

Siguiendo los argumentos anteriores, para garantía de la prevalencia de derechos se deben tener en cuenta los principios de interés superior y protección integral. En cuanto al primero, el interés superior, se ha considerado por la Corte Constitucional como uno de los principales criterios para la interpretación de los derechos, entendiéndose que este deriva específicamente de la prevalencia de derechos consagrada constitucionalmente y que es desarrollado con posterioridad por el artículo 8 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia.

Conforme a él, la interpretación que se realice de las normas jurídicas o las acciones que vayan a desarrollar por parte de las instituciones en relación con este grupo poblacional, deben estar orientadas a lo que más les conviene a ellos, buscando el mejor resultado en cuanto a la protección y garantía de sus derechos, así mismo implica tener en cuenta la opinión de los titulares del derecho⁴⁶. Para la Corte: “El principio del interés superior del menor opera como el criterio orientador de la interpretación y aplicación de las normas de protección de la infancia que hacen parte del bloque de constitucionalidad y del Código de la Infancia y la Adolescencia.”⁴⁷ De acuerdo con esto se busca:

- a) El desarrollo integral.
- b) La prevalencia de sus derechos.
- c) El ejercicio pleno de sus derechos.
- d) Mejoramiento de sus condiciones de vida.
- e) Evitar cambios desfavorables en sus derechos.
- f) Protección ante cualquier amenaza o vulneración.
- g) Equilibrio entre sus derechos y los miembros de su familia.

⁴⁴ QUINCHE, Manuel Fernando (2012), *Derecho Constitucional Colombiano: De La carta de 1991 y sus reformas*, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, pág. 258.

⁴⁵ En este texto, QUIROZ, sigue lo establecido por la Corte Constitucional, especialmente lo contenido en la Sentencia T – 510 de 2003. QUIROZ, Monsalvo Aroldo, *Manual Derecho de Infancia y Adolescencia (Aspectos Sustanciales y Procesales)*, segunda edición, Librería Ediciones del Profesional, Colombia, 2013. Pág. 133.

⁴⁶ En cuanto a esto determina KEMELMAJER: “La realización del interés superior implica que antes de pronunciarse, aún en medidas cautelares, el juez debe escuchar al niño que ya tiene 12 años, y aún si no ha alcanzado esa edad, si es capaz de discernimiento.” KEMELMAJER, De Carlucci Aida Rosa, (2010), *El nuevo Derecho de Familia*, Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, pág. 175.

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-557 de 2001, M.P.: María Victoria Calle Correa.

El interés superior debe ir más allá de la consideración de que el derecho prima sin distinción alguna, ya que esto podría tornarse arbitrario, aduce que “el principio del interés superior del niño permite resolver “conflictos de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver estos conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de una satisfacción conjunta.”⁴⁸

Lo anterior demanda la acción del Estado, el cual debe considerar que “la protección a los derechos del niño en relación a violaciones por parte de terceros se encuentra fortalecida a través de una serie de normas específicas que dan forma a un grupo particular de derechos a la protección proactiva o reactiva por parte del Estado Respecto de estas violaciones.”⁴⁹

En segundo lugar y unido a lo ya dicho, no se pueden estudiar de forma aislada los derechos, su consideración debe obedecer al principio de protección integral de sus derechos, y esta “se hace efectiva a través del principio del interés superior del niño, consagrado en el mismo artículo 44 superior al disponer que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, y en el numeral 1° del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.⁵⁰

Por lo anterior, en cada caso en que se analicen los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe hacerse un detallado estudio de sus implicaciones, establece que “Su sentido y alcance debe ser determinado en cada caso específico, considerado la situación particular de cada niño, debiendo atenderse tanto a consideraciones fácticas (relacionadas con la totalidad de los hechos y de las circunstancias) y jurídicas (relacionadas con los criterios del ordenamiento jurídico encaminados al bienestar del menor).”⁵¹

Así mismo, esto se justifica en tanto que “(...) las ventajas de protección de las que goza el niño con relación a los adultos en los tres grupos de derechos fundamentales así como las prerrogativas de sus derechos de participación en los procesos comunicativos y decisionales comprensan las disminuciones que afectan al niño a raíz de su distinta identidad y su específica colocación en el contexto de los derechos políticos clásicos.”⁵²

1.5. Conclusiones.

⁴⁸ CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Interés Superior del menor en la Convención Sobre los Derechos del Niño”, Tomado de: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf, consultado por última vez el: 10 de Marzo de 2014. Hora: 12:32 p.m.

⁴⁹ BARATTA, Alessandro, (1997). Infancia y democracia. Pág. 2. Texto en la Web tomado de: http://www.ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/PDF/infancia_democracia_a_baratta_2014_09_16_22_04_25_794.pdf Consultado por última vez: 17 de Marzo de 2016. Hora: 12:30. P.M.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-273 de 2003, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁵¹ QUINCHE, Manuel Fernando (2012), *Derecho Constitucional Colombiano: De La carta de 1991 y sus reformas*, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, pág. 256.

⁵² Continúa el autor aduciendo que “(...) la ciudadanía del niño, su participación activa en la democracia social y en la democracia política es diferente, pero no menor que la de los adultos.” BARATTA, Alessandro, (1997). Infancia y democracia. Pág. 14 y 15. Texto en la Web tomado de: http://www.ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/PDF/infancia_democracia_a_baratta_2014_09_16_22_04_25_794.pdf Consultado por última vez: 17 de Marzo de 2016. Hora: 12:30. P.M.

En el presente escrito se planteó como objetivo definir lo que a criterio de la Corte Constitucional colombiana se considera un sujeto de especial protección constitucional, destacando que se concibe como aquel que, debido a su pertenencia a un grupo social con fuertes vínculos de identidad, en razón de su raza, sexo, edad, condición social o económica, condición física o mental de los mismos, debe ser protegido por parte del Estado, a quien además le incumbe garantizar que la igualdad, frente a los demás grupos sociales o en general al conglomerado social, sea real y efectiva.

Se evidencia que esta obligación a cargo del Estado implica una mayor protección, pero a pesar de ello no tiene en cuenta la eliminación de las circunstancias que generan o auspician la vulnerabilidad de estos grupos, pudiendo quedarse en el plano meramente asistencial. Así mismo, la Corte no profundiza en cómo debe orientarse el debate cuando se enfrentan los derechos de sujetos del mismo rango; podría considerarse tentativamente la ponderación como una herramienta que la Corte ha utilizado en otros casos, pero aun así, por ejemplo, cuando a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el mandato de prevalencia establecido también en la Constitución Política y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, implicaría que una ponderación debe resolverse a favor de estos últimos.

El texto hizo referencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sujetos frente a los cuales existe un especial interés, no solo en razón de su edad, sino también como la esperanza de mejores ciudadanos para un Estado; por ello se habla de la protección a sus derechos aun cuando solo haya riesgo de vulneración; es decir, con la sola amenaza, pasando entonces el Estado a restablecer los derechos ante una situación irregular, a ser garante pleno de los mismos sin que exista vulneración. Para ello es deber de todas las autoridades públicas tener en cuenta el interés superior y la protección integral. Aun así, desde un punto de vista más estructural, es decir: desde el diseño mismo del Estado y del modelo democrático, puede decirse que la participación de estos sujetos en los escenarios que los afectan aún está relegada, incluso para la acción de pronunciarse frente a sus derechos.

BIBLIOGRAFÍA

BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, 1997. Texto en la Web tomado de: http://www.ij.ucr.ac.cr/sites/default/files/PDF/infancia_democracia_a_baratta_2014_09_16_22_04_25_794.pdf Consultado por última vez: 17 de Marzo de 2016. Hora: 12:30. P.M.

BELOFF, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: Un modelo para armar y otro para desarmar”, En: Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Chile, 1999. Tomado de: http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf Consultado por última vez: 17 de Marzo de 2016. Hora: 12:00. P.M.

BURT, Robert, “Desarrollo constitucional de derechos de, sobre y para menores”, (pp- 13 – 36) traducido por Silvina Karakasis y Viviana Reinoso, en: BELOFF, Mary (compiladora). *Derecho, infancia y familia*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.

BUSTELO, Eduardo, *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2007.

CILLERO BRUÑOL, Miguel, “Interés Superior del menor en la Convención Sobre los Derechos del Niño”, Tomado de: http://www.iin.oea.org/el_interes_superior.pdf, consultado por última vez el: 10 de Marzo de 2014. Hora: 12:32 p.m.

FERRAJOLI, Luigi, PISARELLO PRADOS, Gerardo, BACCELLI, Luca. DE CABO, Antonio, *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales* Madrid, Trotta, 2001.

GARCÍA MÈNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis Crítico del panorama legislativo en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño (1990-1998)*, Temis, Bogotá. 1998.

KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aida & DURAN ERNEST, eds., *El Nuevo Derecho de Familia*, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia. 2010.

NACIONES UNIDAS, *El Cambio Social en Colombia y sus Repercusiones en la Familia*, Santiago de Chile. Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 1993.

QUINCHE, Manuel Fernando, *Derecho Constitucional Colombiano: De La carta de 1991 y sus reformas*, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2012.

QUIROZ MONSALVO, Aroldo, *Manual Derecho de Infancia y Adolescencia (Aspectos Sustanciales y Procesales)*, segunda edición, Librería Ediciones del Profesional, Colombia, 2013.

TORRADO, María Cristina, “La convención de los derechos de los niños como marco para pensar la política social”, En: KEMELMAJER DE CARLUCHI, Aida & DURAN ERNEST, eds., *El Nuevo Derecho de Familia*, Centro de Estudios Sociales CES, Observatorio sobre Infancia, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, 2010.

VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés, “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y la labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “Estado de cosas Inconstitucional”, artículo publicado en la Red de revistas científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal, págs. 203 a 228.

Disponible en la Web en: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82010111.pdf> consultado por última vez el 25 de Marzo de 2016, hora: 3:16 p.m.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406 de 1992, 5 de junio de 2011, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-491 de 1992, 13 de agosto de 1992, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C – 481 de 1998, 9 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-557 de 2011, 12 de julio de 2011, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-273 de 2003, 1 de abril de 2003, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-044 de 2004, 27 de enero de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 025 de 2004, 22 de enero de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T – 744 de 2009, 19 de Octubre de 2009, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 138 de 2010, 24 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Mauricio Gonzáles Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-776 de 2010, del 29 de Septiembre de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 314 de 2011, 4 de mayo de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 167 de 2011, 11 de marzo de 2011, Magistrado Ponente, Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 282 de 2011, 12 de abril de 2011, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 736 de 2013, 17 de octubre de 2013, Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-796 de 2013, 12 de noviembre de 2013, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 266 de 2013, 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 933 de 2013, 9 de diciembre de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-239 de 2013, 19 de abril de 2013, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T – 192 de 2014, 1 de abril de 2014, Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T- 043 de 2015, 4 de febrero de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T – 718 de 2015, 24 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-362 de 2016, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.