

Primera infancia:

derechos y marco general de protección

Andrés Vélez Serna
Natalia Anzola Ortegón

Andrés Vélez Serna

Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana. Recibió la Orden al Mérito Académico, la Orden Gabriel Giraldo Zuluaga S.J., y la Mención de Honor en el Trabajo de Grado. Obtuvo su Maestría en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Columbia en la ciudad de Nueva York. Fue reconocido como Joseph Chamberlain Fellow in Legislation y como Harlan Fiske Stone Scholar. Su tesis de maestría titulada "Teacher Tenure and the Right to a Sound Basic Education" fue dirigida por el Profesor Michael Rebell, uno de los más destacados litigantes en materia educativa de los Estados Unidos. Ha sido profesor de la Pontificia Universidad Javeriana y asesor en asuntos regulatorios del Ministerio de Educación Nacional. Actualmente se desempeña como Socio de Edulegal.

Natalia Anzola Ortegón

Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Desarrolló el Énfasis en Derechos Humanos y Justicia Social. Especialista en Derecho Público en la Universidad Externado de Colombia. Actualmente se desempeña como Asociada de Edulegal. Ha participado en la implementación y desarrollo de proyectos orientados a la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

ISBN Obra independiente: 978-958-52372-7-8

Índice

Prólogo

- I. Proceso de reconocimiento de los derechos de la niñez y de la primera infancia
- II. Marco normativo de la protección a la primera infancia
 1. Instrumentos internacionales de protección de derechos humanos:
 - A. Declaración de Ginebra
 - B. Carta de las Naciones Unidas
 - C. Declaración Universal de los Derechos Humanos
 - D. Declaración de los Derechos del Niño
 - E. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 - F. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 - G. Convención 138 de la OIT
 - H. Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de emergencia o de conflicto armado
 - I. Convención Americana de Derechos Humanos
 - J. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
 - K. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 - L. Convención sobre los Derechos del Niño
 - M. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía
 - N. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados
 - O. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil
 2. Constitución Política de Colombia
 3. Leyes orientadas a la protección de la primera infancia
 - A. Ley 1098 de 2006
 - B. Ley 1295 de 2009
 - C. Ley 1753 de 2015
 - D. Ley 1804 de 2016
 - E. Ley 1955 de 2019
 - F. Ley 2089 de 2021
 - G. Ley 2244 de 2022

III. Fundamentos de la protección de la primera infancia

1. Protección especial e integral
2. Corresponsabilidad
3. Principio de no discriminación
4. Prevalencia de interés superior – Pro infans
5. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo
6. Principio de participación
7. Principio de protección frente a riesgos prohibidos

IV. Derechos

1. Vida e integridad personal
2. Derecho a la identidad
3. Buen trato
4. Protección integral
5. A la familia y a no ser apartado de ella
6. Custodia y cuidado
7. Alimentos
8. Educación
9. Salud
10. Nutrición adecuada
11. Intimidad
12. Recreación, cultura y juego
13. Libertad de expresión
14. Libre desarrollo de la personalidad

Prólogo

Carolina Piñeros Ospina

Para Red PaPaz cumplir el propósito de abogar por los derechos de la niñez y la adolescencia empieza por entender el marco legal de la primera infancia, conocer lo que ocurre en la vida real de ellas y ellos y así empezar a establecer esas brechas por las que es más importante y urgente incidir. Al llegar a nuestros 20 años evidenciamos una deuda que tenemos como organización con niñas y niños de 0 a 8 años. Este mapeo sobre el marco legal de la primera infancia que presentamos es ese primer paso en nuestro compromiso por saldar esa deuda. Queremos aportar toda nuestra experiencia y fuerza para hacerlo.

I. Proceso de reconocimiento de los derechos de la niñez y la primera infancia

1. Desarrollo de los derechos de la niñez

La niñez es una población vulnerable que requiere cuidado y protección especiales.¹ Sin embargo, a lo largo de la historia ha sido ampliamente invisibilizada y silenciada.² A los niños y las niñas se les ha obligado a vivir durante siglos en absoluta obediencia, sin poder expresar su opinión, sin poder cuestionar el orden establecido, sin ser tenidos en cuenta en las decisiones que los afectan.³ Sus padres han ejercido potestades amplias sobre ellos. De hecho, en el derecho romano se reconocía el derecho del paterfamilias sobre la vida y la muerte de sus hijos, lo que le permitía incluso poder asesinarlos cuando cometían graves delitos.⁴ Pero además de que muchas estructuras sociales alrededor del mundo relegaron a la niñez a una condición en la que no se les reconocía derechos propios, los niños y las niñas han sufrido graves vejámenes a lo largo del tiempo. Los niños y las niñas han sido explotados, han sido vendidos, han sido abusados, han sido desposeídos, han sido separados de sus familias, han sido obligados a realizar trabajos peligrosos, han sido reclutados para la guerra, han sido desplazados. Sin embargo, estos eventos rara vez llevaron a elevar la conciencia acerca de la dignidad ni los derechos de esta población.⁵

Fue en el último siglo que la humanidad comenzó a hablar abiertamente acerca de la necesidad de establecer un marco de protección apropiado para la niñez sin distinción de sexo, raza, religión, origen, posición económica o social.⁶ En este esfuerzo participaron mujeres y hombres, algunos de los cuales dedicaron su vida al cuidado y la educación de la infancia. Asimismo, las organizaciones de la sociedad civil tuvieron un papel protagónico, en la medida en que algunas de ellas ayudaron a gestar las grandes transformaciones sociales y políticas que favorecieron a la infancia. Una de las figuras estelares de este movimiento fue la activista inglesa Eglantyne Jebb fundadora de la organización Save the Children Fund. Además de liderar una importante labor en favor de la infancia más desfavorecida, Jebb fue la redactora de la Declaración de los Derechos del Niño que vino a ser promulgada en 1924 en el marco de la Sociedad de las Naciones y se conoció posteriormente como la Declaración de Ginebra.⁷ Este se convirtió en el primer instrumento internacional de protección de los derechos de la infancia. Aunque su estructura es simple y se diferencia ampliamente de los textos legales, la Declaración de Ginebra de 1924 marcó un hito en la reflexión acerca de los derechos de la niñez. Su adopción se produjo en la primera posguerra, época en la cual el mundo reflexionaba acerca de las atrocidades de la guerra y se proponía una nueva ruta de entendimiento entre los Estados.⁸

Aunque la paz alcanzada al finalizar la segunda década del siglo veinte fue efímera, porque el mundo vivió el conflicto armado más devastador de la historia, en la segunda posguerra el esfuerzo por alcanzar el reconocimiento universal de los derechos humanos logró resultados muy significativos.⁹ Por una parte, se encuentra la adopción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945 que definió la estructura de la principal entidad internacional que promueve el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos.¹⁰ Por otro lado, se adoptó en el marco de la ONU la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en 1948, que constituyó el punto de partida para el desarrollo de posteriores instrumentos

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-468 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera

² Muñoz Rodríguez, M., & Vuanello, R. (2021). Los derechos de la niñez desde sus voces. Desafíos para su reconocimiento político. *Estudios Socio-jurídicos*, 23(1), 1-27. [Publicación electrónica previa a la impresión <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8806>]

³ *Ibid.*

⁴ Tobín Berrió, L. (2105) Interpretación crítica de las instituciones de regulación de las relaciones filioparentales: Patria potestad y autoridad parental. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana*, Vol. 45 / No. 122 / PP. 153- 173 / enero - junio 2015 / Medellín, Colombia.

⁵ Muñoz Rodríguez, M., Vuanello, R. (2021) Op. Cit.

⁶ Muñoz Rodríguez, M., Vuanello, R. (2021) Op. Cit.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Organización de las Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>

¹⁰ Unicef, Historia de los derechos del niño. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

vinculantes para la defensa de los derechos que se reconocen a todas las personas en razón de su dignidad humana.¹¹

Durante esta etapa, tomó nueva fuerza el movimiento hacia el reconocimiento de los derechos de la niñez. Al tiempo que se reconocía que los derechos humanos proclamados en la DUDH se predicaban de todas las personas, incluidos los niños y las niñas; se advertía la necesidad de referir algunas de las particularidades que comprende la garantía de los derechos de esta población que se encuentra en una situación de particular vulnerabilidad.¹² De esta manera en 1959 se aprobó en la Asamblea General de la ONU la Declaración de los Derechos del Niño que reconoce entre otros los derechos de esta población, a la protección especial, a la educación, al juego, a la salud, entre otros. Aunque la declaración no tiene carácter vinculante, define la ruta hacia la garantía de derechos de los niños y las niñas.¹³

Posteriormente, en la década de los 60 se adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El primero que trata sobre los llamados «derechos de primera generación» reconoce el derecho a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y el derecho de las niñas y niños a no ser discriminados y a recibir la protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado.¹⁴ Por su parte, el segundo define la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todas las niñas y niños sin discriminación alguna. También le reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y prohíbe la explotación económica y social de esta población. Este último propósito se ha visto reforzado con la adopción del Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y con el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil que fue adoptado décadas más tarde.¹⁵

En adición a lo anterior, en 1974 se adoptó la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado que prohíbe de manera expresa los ataques contra mujeres y niños y reconoce la inviolabilidad de sus derechos en el marco de los conflictos armados, ya sean internos o internacionales.¹⁶ De otro lado, en 1979, se adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que además de resaltar la importancia de labores de cuidados que tradicionalmente han cumplido las mujeres también destacó la necesidad de que el Estado brinde protección adecuada a la niñez y ofrezca servicios de cuidado y educación preescolar. Estas disposiciones además de promover el desarrollo de la mujer, también han permitido avanzar en el reconocimiento de los derechos de la niñez.¹⁷

En el ámbito americano se han adoptado la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ambos reconocen derechos específicos de la niñez a tener una familia y a gozar, entre otros derechos, a la alimentación, a la salud, a la educación.

Los avances globales y regionales en materia de protección de derechos humanos fueron determinantes en el proceso de adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Este instrumento, que tardó más de una década en finalizar, es el más ambicioso y detallado de todos lo que se refieren a la niñez. Reconoce de manera especial los derechos de la

¹¹ Ibid.
¹² Ibid.
¹³ Ibid.
¹⁴ Ibid.
¹⁵ Ibid.
¹⁶ Ibid.
¹⁷ Ibid.

población infantil y adolescente y define los principios orientadores para procurar su adecuada garantía. Adicionalmente, con la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño se conformó el Comité de los Derechos del Niño. Este órgano es el intérprete autorizado de la Convención y determina el alcance de las disposiciones de este instrumento.¹⁸ Sin embargo, también hace un seguimiento periódico a los avances de los Estados en la garantía de los derechos de la niñez y la adolescencia. Ambas funciones tienen especial importancia en la definición de estándares cada vez más elevados de protección de los derechos de esta población.¹⁹

Colombia, por su parte, ha venido adoptando diferentes normas para la protección de la niñez. En 1989 promulgó el Código del Menor el que estableció medidas específicas de protección de esta población.²⁰ Luego, en 1991 la Asamblea Nacional Constituyente aprobó y promulgó la Constitución Política hoy vigente que reconoce la prevalencia de los derechos de la niñez y la adolescencia. Posteriormente, se han proferido diversas normas entre las cuales se destacan de manera muy especial el Código de la Infancia y la Adolescencia, así como la Ley 1804 de 2016 «por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones».²¹ De estas normas y de los demás instrumentos se ampliará mayor información en el punto II de este documento.

2. Desarrollo de los derechos de la primera infancia

Aunque ninguno de los instrumentos de protección de la infancia y la adolescencia habla específicamente de la primera infancia, el Comité de los Derechos del Niño ha abordado de manera específica las particularidades relacionadas con la garantía de los derechos de esta población en su Observación General No. 7 de 2005.²² Este documento se originó porque el Comité al revisar los informes periódicos de los Estados partes relacionados con la garantía de los derechos de la niñez y la adolescencia, observó que la información que brindaban los Estados era muy escasa y se limitaba en la mayoría de los casos a la mortalidad infantil, al registro de nacimientos y a la atención en salud.²³

Adicionalmente, esta observación marca un hito en la visibilización de las necesidades y procesos específicos de la primera infancia que es la población desde la gestación y el nacimiento hasta la transición al período escolar. Considerando que la edad en que los niños hacen esta transición puede variar, el Comité de los Derechos del Niño ha propuesto, como definición de trabajo, que la primera infancia debe comprender hasta los ocho (8) años de edad.²⁴ Por esta razón, aunque la normativa colombiana al hablar de primera infancia diga que se trata de la población entre los cero (0) y los seis (6) años es posible que avance para coincidir con la definición establecida por el Comité de los Derechos del Niño. Por este motivo, aunque las normas colombianas refieran la edad límite de la primera infancia en los seis (6), el intérprete oficial de la Convención sobre los Derechos del Niño ha hablado ocho (8) años, por lo que es posible que en un futuro no muy lejano la normativa se mueva hacia esta edad.

Además de proponer una definición de primera infancia, la Observación General No. 7 ha sido

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Código del Menor, Senado de la República. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_menor.html

²¹ Ley 1804 de 2016, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1804_2016.htm

²² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1 20 de septiembre de 2006 (español)

²³ Ibid.

²⁴ Ley 1804 de 2016, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Disponible en: https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1804_2016.htm

determinante en la comprensión de la garantía de los derechos de esta población. Ha hecho referencia a las características de este grupo que repercuten de manera especial en la realización de sus derechos.²⁵ Adicionalmente, ha insistido que los niños y niñas en su primera infancia son titulares de todos los derechos humanos. Sin embargo, su materialización comprende procesos y medidas específicas que deben implementar las familias, el Estado y la sociedad en general.²⁶

En este documento se toma como parámetro lo establecido en la Observación General No. 7 para revisar cómo se aplican los fundamentos y los derechos de los niños a la primera infancia. Para este propósito se hará una revisión del marco normativo nacional e internacional. Posteriormente se revisarán los fundamentos de la protección a la primera infancia y algunos de sus derechos fundamentales. En este ejercicio se revisará jurisprudencia de la Corte Constitucional que concierne específicamente a la primera infancia.

²⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1 20 de septiembre de 2006 (español)

²⁶ Ibid.

II. Marco normativo de la protección a la primera infancia

1. Instrumentos internacionales de protección de derechos humanos

A. Declaración de Ginebra

La Sociedad de Naciones se estableció en 1919 con el propósito de redefinir las relaciones internacionales y alcanzar la paz, luego de uno de los conflictos bélicos más destructivos de toda la historia como fue la Primera Guerra Mundial.²⁷ Esta entidad, que antecedió a la Organización de las Naciones Unidas, adoptó diferentes instrumentos para la protección de los derechos humanos. Entre estos instrumentos se destaca de manera especial la Declaración de Ginebra adoptada en 1924. Este instrumento reconoció por primera vez los derechos de las niñas y los niños, e hizo referencia a la protección especial que demandan para que se hagan efectivos estos derechos. Este documento marcó un hito en el derecho internacional de los derechos humanos, debido a que visibilizó algunas de las necesidades de esta población y dejó claro el compromiso de los Estados de lograr su satisfacción. También hace especial énfasis en la responsabilidad que tienen los adultos con ellos.²⁸

El texto de la Declaración es de autoría de quien fue la fundadora de Save the Children, Eglantyne Jebb. Ella dedicó sus esfuerzos y los de su organización a la protección de la niñez, que, durante esta época de la historia, padeció de forma severa la miseria, el hambre y la injusticia, porque es un grupo especialmente vulnerable.²⁹ La Declaración pretende que los adultos, como sus garantes, asuman un rol activo en la protección y garantía de aquellos. Adicionalmente establece la prelación en la garantía de los derechos de la niñez cuando menciona: «el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad».³⁰

Aunque la Declaración de Ginebra establece un propósito que persiguen los Estados no establece obligaciones vinculantes para éstos. Sin embargo, lo anterior no le debe restar relevancia a este instrumento, debido a que se trata del primero en poner en el centro el bienestar de la infancia, y de resaltar la importancia de garantizar una protección adecuada de sus derechos. También destaca la asistencia que se le debe prestar a esta población y su buen desarrollo.³¹ Por último, vale la pena resaltar que este instrumento constituye el antecedente de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, que se adoptó en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

B. Carta de las Naciones Unidas

En 1945 la Conferencia de las Naciones Unidas adoptó la Carta de las Naciones Unidas. Este instrumento internacional dio origen a la Organización de las Naciones Unidas (ONU), entidad que pretende agrupar a todos los Estados del mundo, con el propósito de discutir y adoptar decisiones de relevancia internacional.³² Su propósito fundamental era el de establecer un foro que salvaguardara la paz y seguridad internacionales y fomentará la cooperación internacional, así como la garantía de los derechos humanos.³³ Su origen coincide con el fin de la Segunda Guerra Mundial, que ha sido el conflicto bélico más letal de toda la humanidad, en un contexto

²⁷ Organización de Naciones Unidas. (s.f.). Precursora: La sociedad de las naciones | naciones unidas Organización de Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un/predecessor#:~:text=La%20precursora%20de%20las%20Naciones,la%20paz%20y%20la%20seguridad%22>. (Accedido el Nov 1, 2022)

²⁸ Humanium. (2017). Presentación de la Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño, 1924 Humanium, <https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/> (Accedido el Nov 1, 2022) /

²⁹ Save the Children. (1999). La Declaración de Ginebra, https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf (Accedido el Nov 1, 2022)

³⁰ Declaración de Ginebra. 1924

³¹ Unicef. (s.f.). Historia de los derechos del niño. Unicef, <https://www.unicef.org/es/convencon-derechos-nino/historia> (Accedido el Nov. 1, 2022)

³² Carta de las Naciones Unidas. 1945.

³³ Ibid.

en que varios países sufrían las consecuencias sociales y económicas de una guerra que impactó a cientos de millones de personas.³⁴

La Carta de las Naciones Unidas es un tratado que es vinculante para los Estados Miembros de la ONU. Colombia fue miembro fundador de la ONU y ratificó este instrumento internacional en noviembre de 1945.^{35 36} Aunque no contiene obligaciones precisamente referidas a la niñez, su importancia reside en la preponderancia que le da a los derechos humanos y a las libertades de todas las personas sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, entre otros. También, se erige como el principal referente de cooperación internacional en la solución de problemas humanitarios, sociales, culturales y económicos.

C. Declaración Universal de los Derechos Humanos

En diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). El propósito principal de esta era impedir que se repitieran las «barbaries ultrajantes» ocurridas durante la Segunda Guerra Mundial.³⁷ El documento fue construido y revisado por primera vez en 1946, luego de lo cual se determinó someterlo al análisis de la Comisión de Derechos Humanos. Posteriormente, pasó a revisión por parte de un Comité de Redacción conformado por delegados de varios Estados, y el texto final fue aprobado por la Asamblea General a finales de 1948.

Este texto es considerado como el fundamento de las normas internacionales sobre derechos humanos. Además, identifica estos como la base para la libertad, la justicia y la paz.³⁸ La DUDH reconoce los derechos básicos y libertades fundamentales inherentes a todos los seres humanos. Su aprobación supuso el primer gran acuerdo internacional sobre las libertades y los derechos que merecían protección universal para todas las personas.

Aun cuando la DUDH no fue adoptada como un instrumento vinculante para los Estados, se le ha llegado a reconocer como norma en el derecho internacional de los derechos humanos. La DUDH busca, entre otras cosas, dejar claridad que los derechos humanos se deben respetar sin discriminación alguna. Esto incluye: hombres, mujeres, niños y niñas de todos los Estados, condiciones, creencias y culturales.^{39 40 41}

La DUDH hace referencia específica a las niñas y los niños en el artículo 25. En esta disposición se refiere que todos los niños tienen igual derecho a protección social, aun cuando nazcan dentro o fuera del matrimonio. Esto surge como una respuesta a las diferencias que existían con respecto a los derechos que tenían los hijos e hijas dependiendo de la relación de sus padres (matrimoniales o extramatrimoniales).

D. Declaración de los Derechos del Niño

En 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Aunque en 1924 en el marco de la Sociedad de las Naciones se había adoptado ya la Declaración de Ginebra. Este documento era una declaración de voluntad, pero no refería de manera sistemática ni los derechos, ni las medidas específicas que debían adoptar los Estados

³⁴ <https://www.un.org/es/about-us/history-of-the-un/preparatory-years>. (s.f.)

³⁵ <https://nuevayork-onu.mision.gov.co/colombia-la-onu>. (s.f.)

³⁶ <https://colombia.un.org/es/about/about-the-un>. (s.f.)

³⁷ <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/universal-declaration-of-human-rights/#:~:text=La%20Declaraci%C3%B>

³⁸ *Ibid.*

³⁹ <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/derechos-humanos/declaracion-universal-derechos-humanos/> (s.f.)

⁴⁰ <https://www.humanium.org/es/derechos-humanos-1948/> (4 de octubre de 2017).

⁴¹ <https://www.ohchr.org/es/universal-declaration-of-human-rights> (15 de mayo de 2017).

para lograr su efectiva protección. Por este motivo, veinticinco (25) años después, setenta y ocho (78) Estados decidieron de manera unánime aprobar la Declaración de los Derechos del Niño. Este instrumento resalta la condición de especial vulnerabilidad de esta población y visibiliza varios de sus derechos.⁴² Adicionalmente, refiere de forma específica que los niños y niñas requieren protección y cuidado especial. Asimismo, consagra diez (10) principios en los que se resaltan las responsabilidades que deben cumplir los Estados, las familias y la sociedad en general en la protección de los derechos de sus derechos, y los esfuerzos que se deben emprender para lograr su adecuada garantía.⁴³

Los principios referidos en el texto se relacionan con: (i) el derecho a la igualdad; (ii) la protección especial para su adecuado desarrollo; (iii) el derecho al nombre y a la nacionalidad; (iv) el derecho a la seguridad social, incluyendo alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos, así como el cuidado prenatal y posnatal de la madre; (v) el derecho a la educación y tratamiento especial de la niñez en situación de discapacidad; (vi) el derecho al pleno desarrollo de la personalidad basado en el amor y la comprensión, así como acompañamiento de la familia y el Estado; (vii) el derecho a recibir educación, especialmente en etapas elementales, con carácter gratuito y obligatorio y atendiendo al interés superior de la niñez; (viii) la prelación de la niñez ante circunstancias que requieran atención y socorro; (ix) la protección ante cualquier forma de abandono, crueldad y explotación; y (x) la protección frente a prácticas discriminatorias.

Aunque la Declaración de los Derechos del Niño no es un instrumento que vincule formalmente a los Estados en el ámbito internacional, sí marcó un hito en la protección de la niñez. Además, constituyó uno de los antecedentes más importantes para la elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño, que fue finalmente adoptada en 1989, después de un importante esfuerzo, esto es treinta (30) años después de la Declaración de los Derechos del Niño.

E. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Este instrumento internacional se elaboró en un período de aguda polarización global, como fue la Guerra Fría, y establece los derechos y libertades fundamentales, también denominado derechos humanos de «*primera generación*».⁴⁴ Consta de cincuenta y tres (53) artículos y actualmente ha sido ratificado por alrededor de ciento setenta y tres (173) Estados. Inicialmente fue promovido por un bloque de Estados occidentales que pretendían el respeto por los derechos y las libertades fundamentales de las personas y se oponían a las incidencias arbitrarias del Estado. El PIDCP entró en vigor en 1976 y Colombia lo incorporó en su ordenamiento jurídico con la Ley 74 de 1968. En este instrumento, se desarrollan los derechos recogidos en la DUDH, y se les confiere carácter vinculante, por lo que se convierten en auténticas obligaciones internacionales de los Estados que se encuentran obligados por este.^{45 46}

Algunos de los derechos que contiene el PIDCP son: el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado ni sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad, el derecho a la libre circulación, el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el derecho a la familia, el derecho a la protección de los niños, el derecho a

⁴² <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/> (4 de octubre de 2017).

⁴⁴ Bonet de Viola, Ana María. (2016). Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justicia de los derechos sociales. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 46(124), 17-32. Recuperado el 01 de noviembre 2022, de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-38862016000100002&lng=en&tlng=es.

⁴⁵ <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights#:~:text=Este%20pacto%20fue%20adoptado%20por,sido%20ratificado%20por%20167%20estados.> (s.f.).

⁴⁶ <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/derechos-civiles-derechos-politicos/>. (s.f.).

la igualdad ante la ley, entre otros. Pero además de consagrar los derechos anteriormente referidos, el PIDCP también creó el Comité de Derechos Humanos, cuya función es hacer seguimiento del cumplimiento de este importante tratado internacional de los derechos humanos.

En lo que respecta específicamente a la niñez, el PIDCP establece en los artículos 23 y 24 el derecho a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y el derecho de las niñas y niños a no ser discriminados y a recibir la protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado. También establece el derecho a la identidad de las niñas y los niños que comprende, entre otros atributos, el nombre y la nacionalidad.

F. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

El mismo día que la Asamblea General de la ONU adoptó el PIDCP, también adoptó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Al igual que el PIDCP, el PIDESC fue elaborado en el contexto de la Guerra Fría, y consagra los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, también conocidos como derechos humanos de «segunda generación».⁴⁷ La adopción de este instrumento internacional fue promovida por un grupo de países, dentro de los cuales se destacaban la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y varios de los Estados aliados de ésta.⁴⁸ Este instrumento internacional cuenta con treinta y un (31) artículos y le confiere vinculatoriedad a algunos de los derechos establecidos en la DUDH. En la actualidad ciento setenta y un (171) Estados forman parte del PIDESC, que entró en vigor en 1976. Colombia incorporó el PIDESC dentro de su ordenamiento jurídico por medio de la Ley 74 de 1968.

Entre los derechos que desarrolla el PIDESC son: el derecho al trabajo, el derecho a la protección de la familia, el derecho a un nivel de vida adecuado, a la vivienda y a la alimentación, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y el derecho a la educación, entre otros.

En lo que respecta específicamente a la niñez, los artículos 10 y 12 del PIDESC establecen la obligación de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todas las niñas y niños sin que medie discriminación alguna por razones de raza, etnia, etc. Asimismo, refiere que deben adelantarse acciones en contra de la explotación económica y social de esta población, por lo cual impone la obligación los Estados de establecer límites de edad para que se prohíba y sancione el trabajo infantil. Por su parte, en el artículo 12, se hace referencia a la obligación de los Estados de reconocer el derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Esta obligación, comprende la garantía del derecho a la salud de los niños y las niñas. Específicamente, en el numeral 2, literal a) del artículo 12, se consagra que los Estados deberán adoptar medidas para la plena efectividad y garantía de este derecho, incluyendo acciones encaminadas a la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, así como el sano desarrollo de niñas y niños.

⁴⁷ Op. Cit Bonet de Viola. (2016).

⁴⁸ <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/derechos-economicos-sociales-y-culturales-la-hoja-de-ruta-hacia-una-vida-digna/> (s.f.)

G. Convención 138 de la OIT

En 1973 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptó el Convenio No. 138. El objetivo de este instrumento internacional es establecer una edad mínima para trabajar y, en ese sentido, le impone a los Estados la obligación de establecer normas y políticas orientadas a abolir el trabajo de niños y niñas con el fin de que logren desarrollarse a plenitud física y mentalmente. Salvo algunas excepciones, la edad que fijó para acceder al trabajo es de quince (15) años, debido a que era el momento en el que suele finalizar la educación básica.⁴⁹ En el artículo 2 establece que cada Estado, al momento de ratificar este instrumento, deberá establecer la edad mínima de admisión al trabajo. Colombia incorporó la Convención No. 138 en el ordenamiento interno por medio de la Ley 515 de 1999 y determinó como edad mínima para trabajar los quince (15) años.

Como se expresó previamente, hay algunas excepciones a la regla general de los quince (15) años. Específicamente, se refiere que, para trabajos ligeros, un niño o niña de trece (13) años podría trabajar. Por el contrario, para trabajos peligrosos, solo hasta los dieciocho (18) y, eventualmente, los dieciséis (16). Adicionalmente, refiere que, para países en vías de desarrollo, podrá establecerse como edad para acceder al empleo, los catorce (14) años, siempre y cuando motiven la decisión.

Este instrumento reviste gran importancia, ya que da cuenta de una evolución en el marco internacional en materia de protección de los derechos de la niñez. Junto con el Convenio No. 182, que se referirá posteriormente, tienen el carácter de fundamentales. Esto supone que todos los Estados Miembros de la OIT se encuentran obligados a impulsar la erradicación del trabajo infantil.⁵⁰ En desarrollo del Convenio No. 138, se encuentra la Recomendación No. 146, en donde se resalta la importancia de impulsar políticas para aliviar la pobreza y promover trabajos dignos para los adultos, con el fin de que en ninguna circunstancia se deba recurrir al trabajo infantil.

H. Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de emergencia o de conflicto armado

En 1974 la Asamblea General de la ONU proclamó la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. Este instrumento surgió como una propuesta del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para hacer frente a los actos inhumanos e indignos de los que estaban siendo víctimas tanto mujeres como niños y niñas en el marco de conflictos y estados de emergencia. Reconociendo que estos grupos suelen ser unos de los más vulnerables, esta declaración buscó establecer una serie de recomendaciones que deben seguirse de manera estricta a nivel internacional para protegerlos.

Entre otros aspectos, reconoció los graves peligros que acarrea el uso de armas químicas y bacteriológicas, así como la importancia de cumplir con las obligaciones del Derecho Internacional Humanitario (DIH). También insta a los Estados a adelantar las acciones necesarias para prohibir actos de persecución, tortura, violencia y tratos degradantes para toda la población, pero, especialmente, mujeres y niños, así como la garantía de la alimentación,

⁴⁹ <https://www.humanium.org/es/convencion138-1973/>. (4 de octubre de 2017).

⁵⁰ <https://www.ilo.org/ipec/facts/LOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>. (s.f.)

asistencia médica y demás derechos inalienables.

I. Convención Americana de Derechos Humanos

En 1948 se creó la Organización de los Estados Americanos (OEA), que actualmente se encuentra conformada por treinta y cinco (35) Estados independientes del continente americano. Ese mismo año se adoptó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la Novena Conferencia Internacional Americana, así como la Carta de la OEA. En estos textos se consagran los derechos fundamentales de toda persona humana.⁵¹ Como sucedió con otros sistemas regionales, los instrumentos de protección de derechos humanos creado por la OEA se originan como reacción a la necesidad de focalizar normas y estándares internacionales de derechos humanos de acuerdo con las «*preocupaciones particulares de derechos humanos en regiones específicas*».⁵²

En noviembre de 1969 los Estados americanos adoptaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José. Este instrumento entró en vigor en 1978 y Colombia la incorporó en su ordenamiento interno por medio de la Ley 16 de 1972. La CADH establece obligaciones vinculantes para el Estado colombiano en materia de derechos humanos. Específicamente refiere los derechos que se deben proteger a todas las personas en el continente americano. Además, introdujo dos órganos para conocer sobre potenciales violaciones de los derechos humanos como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Mientras que la primera está encargada de promover y proteger de los derechos humanos en la región, la segunda es un órgano jurisdiccional que decide controversias relacionadas con violación de derechos humanos por los Estados. Adicionalmente, la Corte IDH ejerce funciones consultivas.⁵³

La CIDH está integrada por comisionados designados por los Estados que sirven a título personal. Adicionalmente, cuenta con relatorías que se han establecido para monitorear la situación de derechos humanos en el continente americano. Entre estas se encuentran las siguientes: la Relatoría sobre los Derechos de los Niños, la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, la Relatoría sobre los Trabajadores Migratorios y sus Familias, la Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, la Relatoría sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, la Relatoría sobre Defensores de Derechos Humanos y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.⁵⁴

La CADH establece en términos generales, derechos y libertades que deben respetar los Estados a todas las personas.⁵⁵ Esto incluye a niñas y niños. Por su parte, el artículo 17 de la CADH refiere la protección a la familia y ordena que la ley debe reconocer iguales derechos para los hijos e hijas nacidas dentro o fuera del matrimonio. Adicionalmente, en materia de derechos de la niñez, el artículo 19 de la CADH refiere expresamente la protección especial que demandan niñas, niños y adolescentes. Además, la CADH dispone que todos los actores sociales, específicamente la familia, la sociedad y el Estado, están obligados a proteger a los niños y las niñas. Esta disposición corresponde a la esencia del principio de corresponsabilidad.

⁵¹ <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm?File=es/cidh/mandato/que.asp>. (s.f.).

⁵² <https://www.universal-rights.org/lac/guias-basicas-de-derechos-humanos/una-guia-basica-a-los-sistema-regionales-de-derechos-humanos/> (24 de enero de 2020).

⁵³ <https://www.cancilleria.gov.co/international/politics/right/interamerican>. (s.f.).

⁵⁴ *Ibid.* <https://www.universal-rights.org/lac/guias-basicas-de-derechos-humanos/una-guia-basica-a-los-sistema-regionales-de-derechos-humanos/> (24 de enero de 2020).

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos. [e-book] (2019). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/7/>

J. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

En 1979 la Asamblea General de la ONU adoptó la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Colombia incorporó este instrumento internacional en su legislación interna por medio de la Ley 51 de 1981. La convención entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. La adopción de este instrumento de protección fue el resultado de una serie de esfuerzos que iniciaron en 1963 cuando la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer le solicitó a la Asamblea General de la ONU, que adoptara una declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer. Esta declaración fue aprobada en 1967 y constituyó el punto de partida para la elaboración de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁵⁶ Este es el segundo instrumento internacional que ha sido ratificado por el mayor número de Estados Miembros de la ONU, después de la Convención de los Derechos del Niño.⁵⁷ A la fecha ha sido ratificada por ciento ochenta y ocho (188) Estados.⁵⁸ Se originó en un período en el que se visibilizaron de forma especial las diferencias entre mujeres y hombres, el trato que recibían de las autoridades y las oportunidades de desarrollo individual y colectivo. Específicamente se identificó que de tiempo atrás se venía restando importancia e invisibilizando las tareas desarrolladas primordialmente por las mujeres, así como la violencia, de todo tipo, que se ejercía en contra de ellas (física, psicológica, económica, entre otras). Por este motivo, surgió la necesidad de reconocer en el ámbito internacional, diversas formas de discriminación contra las mujeres, y se determinó que los Estados debían cumplir obligaciones específicas para alcanzar la igualdad entre las personas sin discriminación por razones de sexo.

Este instrumento internacional ordena la adopción de medidas que conduzcan a una efectiva igualdad entre hombres y mujeres en las esferas política, social, económica y cultural. En lo que se concierne a las niñas y los niños, el artículo 5 establece que los Estados tomarán medidas para garantizar la responsabilidad común entre mujeres y hombres en el proceso de formación de sus hijas e hijos, con miras a la realización de su interés primordial. Adicionalmente, el artículo 9 dispone que la mujer tendrá los mismos derechos que el hombre con respecto a la nacionalidad de sus hijos e hijas. También dispone la igualdad de condiciones en el acceso a la educación preescolar, la eliminación de estereotipos y roles, así como la implementación de acciones para la reducción de la tasa de deserción escolar femenina. Por su parte, el artículo 11 menciona la necesidad de ofrecer servicios sociales de apoyo destinados al cuidado de las niñas y los niños, para que las madres y los padres puedan cumplir con sus responsabilidades laborales. Puntualmente, refiere la necesidad de ofrecer educación preescolar a niños y niñas. Adicionalmente, la convención resalta la importancia de la prestación de servicios de atención en los períodos de embarazo y lactancia. De otro lado, el artículo 16 dice que no tendrán efectos jurídicos los esponsales⁵⁹ y el matrimonio entre niños y ordena que las leyes de cada Estado fije una edad mínima para la celebración del matrimonio.⁶⁰

K. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En 1988 los Estados americanos adoptaron el Protocolo Adicional a la Convención Americana

⁵⁶ <https://www.unwomen.org/es/csw/brief-history>

⁵⁷ <https://mexico.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2011/12/cedaw> (2011).

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Promesa de celebración de matrimonio.

⁶⁰ <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women> (3 de septiembre de 1981).

sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. Colombia lo incorporó en su ordenamiento interno por medio de la Ley 319 de 1996 y posteriormente el instrumento entró en vigor en 1999. Este protocolo internacional tiene como propósito obligar a los Estados americanos a adoptar medidas específicas para lograr la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en sus ordenamientos internos. Para lograr este objetivo los Estados podrán adelantar acciones de cooperación internacional.

Entre las obligaciones y los derechos que incluye el Protocolo de San Salvador se encuentran: la obligación de no discriminación, el derecho al trabajo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, la garantía de los derechos sindicales, del derecho a la salud, del derecho a un ambiente sano, del derecho a la alimentación, el derecho a la educación, entre otros. Estos derechos se deben garantizar a todas las personas, incluidos los niños y las niñas. Adicionalmente, establece la obligación de garantizar su adecuada alimentación durante el período de lactancia y edad escolar. También establece la igualdad entre los hijos, así como el derecho de niñas y niños a crecer bajo el amparo de sus padres, salvo que por circunstancias excepcionales no fuere posible.⁶¹ Por último, establece el derecho de niños y niñas a la educación gratuita y obligatoria, en la fase elemental.⁶²

L. Convención de los Derechos del Niño

En 1989 la Asamblea General de la ONU aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (la «Convención»). El proceso de construcción de este instrumento internacional inició en el año 1979, que se reconoció como el Año Internacional del Niño. Durante esta década de trabajo se adelantaron discusiones sobre un proyecto de convención que presentó el Gobierno polaco. Aunque ya había habido un debate internacional relacionado con los derechos de los niños y niñas, y se habían adoptado declaraciones, no existían obligaciones vinculantes para los Estados frente a esta población que requiere especial protección. La redacción de este instrumento se desarrolló dentro de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Contó con la participación de delegados de gobiernos, organismos especializados de la ONU y organizaciones no gubernamentales. El proyecto de convención fue constantemente debatido y modificado en largas sesiones, hasta que, en 1989, fue adoptado y aprobado por la Asamblea General. Los posteriores pasos fueron la ratificación por parte de los Estados y la creación del Comité de los Derechos del Niño.⁶³

El Estado colombiano la incorporó en su ordenamiento jurídico interno por medio de la Ley 12 de 1991 y se hizo vinculante a partir del 27 de febrero de 1991. Se trata del primer instrumento internacional de carácter obligatorio para los Estados Parte en materia de derechos de la infancia y la adolescencia. A su vez, es el tratado más ampliamente ratificado a nivel internacional.⁶⁴ Salvo por los Estados Unidos de América, todos los Estados miembros de la ONU se han adherido a la Convención. Ésta reconoce a la niñez como titular de derechos que «...*para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión*». ⁶⁵ Se trata de un tratado que consagra los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de todas las niñas y niños, independientemente de su raza, religión o condición.⁶⁶ La Convención persigue que las niñas y

⁶¹ <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf> (9 de marzo de 2016)

⁶² *Ibid.*

⁶³ <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/background-convention#:~:text=Historia,Internacional%20del%20Ni%C3%B1o%20de%201979>.

⁶⁴ <https://www.coe.int/en/web/compass/convention-on-the-rights-of-the-child#:~:text=The%20Convention%20incorporates%20the%20full,into%20force%20in%20September%201990>.

⁶⁵ <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

⁶⁶ <https://www.savethechildren.org.uk/what-we-do/childrens-rights/united-nations-convention-of-the-rights-of-the-child>

niños dejen de ser percibidos como «propiedad» de los adultos, sus familias o comunidades, y sean reconocidos como individuos con sus propios derechos que merecen una especial protección por parte de los Estados. También busca que los niños dejen de ser percibidos como «propiedad» de los adultos, sus familias o comunidades, y sean reconocidos como individuos con sus propios derechos que merecen una especial protección por parte de los Estados.⁶⁷

La necesidad de establecer obligaciones internacionales dirigidas a garantizar los derechos de los niños y las niñas surge como respuesta a que varios Estados, aunque contaban con leyes para la protección a la infancia, en ocasiones, no se cumplían debidamente, lo cual generaba una grave afectación a los derechos de esta población. Con la Convención, se ha logrado que varios Estados impulsen políticas, leyes e inversiones encaminadas a que todas las niñas y niños tengan acceso a un sistema de salud y nutrición adecuadas, que les permitan proteger su vida, su supervivencia y su desarrollo.⁶⁸ Este instrumento está compuesto por cincuenta y cuatro (54) artículos y entiende como niño o niña, a cualquier persona menor de dieciocho (18) años, salvo que la ley del país establezca una edad distinta. En su articulado, consagra que los Estados deben impulsar políticas que conduzcan a la garantía de los derechos de todos los niños y las niñas, satisfaciendo sus necesidades básicas, así como el logro de su pleno potencial.

Algunos de los retos con los que se ha enfrentado este instrumento internacional se encuentran en su implementación y entendimiento. Millones de niños y niñas a nivel global siguen siendo víctimas de violencia. Además, se han identificado varios obstáculos adicionales que afectan, en mayor medida a esta población, por ejemplo, el ascenso de la tecnología, el cambio climático, los conflictos armados, la migración masiva, entre otros.⁶⁹

Los cuatro principios generales que se consagran en la Convención son: (i) no discriminación; (ii) interés superior del niño; (iii) derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y (iv) la opinión del niño. Estos principios deben orientar la interpretación de la Convención y las actuaciones de los Estados.⁷⁰ De otra parte, el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención, es supervisado periódicamente por el Comité de los Derechos del Niño (CDN), que recibe informes periódicos por parte de los Estados sobre el avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales que establece la Convención.⁷¹ Posteriormente, el CDN presenta recomendaciones a los Estados para avanzar en la garantía de los derechos de niños y niñas. El CDN está conformado por dieciocho (18) expertos en temas de infancia y supervisa el cumplimiento tanto de la Convención, como de los Protocolos Facultativos.^{72 73} Asimismo, emite observaciones que contienen interpretaciones respecto de las disposiciones de derechos humanos que contiene la Convención.

M. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía

En mayo de 2000 la Asamblea General de la ONU aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta, la Prostitución y la Utilización de Niños en la Pornografía. Este instrumento trata sobre problemáticas específicas que afectan de manera grave a la infancia y adolescencia y que demandan acciones coordinadas entre los Estados para lograr la adecuada protección de los derechos de esta población. Durante la

⁶⁷ <https://www.unicef.org/child-rights-convention#learn>

⁶⁸ <https://www.unicef.org/child-rights-convention#learn>

⁶⁹ <https://www.unicef.org/child-rights-convention#learn>

⁷⁰ <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/background-convention#:~:text=Historia,Internacional%20del%20Ni%C3%B1o%20de%201979.>

⁷¹ <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/monitoring-childrens-rights>

⁷² Los protocolos facultativos son relativos a la participación de los niños en conflictos armados (OPAC), a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC), y al procedimiento de comunicaciones (OPIC). Colombia solo ha ratificado los dos (2) primeros.

⁷³ <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc>

década de 1990 se presentaron sucesivos reportes de la Comisión de Derechos Humanos acerca de estos flagelos, los cuales permitieron avanzar en la visibilización de estas situaciones, así como en la preparación de un instrumento para hacer frente a las mismas. Este documento se convirtió posteriormente en el Protocolo que Colombia incorporó en su ordenamiento interno mediante la Ley 765 de 2002 y entró en vigencia en el 2003.

El propósito de este instrumento es hacerles frente a las actividades relacionadas con la explotación sexual comercial de niñas, niños y adolescentes, que afectan su desarrollo y, en general, los derechos de niños y, particularmente, niñas. En muchos casos esta población es involucrada en contra de su voluntad en estas actividades ilícitas con el fin último de «salir de la pobreza».⁷⁴ Por tal motivo, este protocolo busca que los Estados prohíban la participación de niños y niñas en actividades de explotación sexual comercial, particularmente en prostitución y pornografía. Estos actos no solo son violaciones de los derechos de esta población, sino que también constituyen delitos que merecen ser perseguidos y procesados por la jurisdicción penal de acuerdo con la legislación interna de cada Estado.⁷⁵ Por este motivo, el Protocolo pretende que los Estados adopten medidas para hacer frente a esta problemática desde sus causas y presten la asistencia necesaria a niñas y niños víctimas de explotación sexual comercial.⁷⁶

N. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados

En mayo de 2000 la Asamblea General de la ONU aprobó junto con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta, la Prostitución y la Utilización de Niños en la Pornografía, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Este instrumento internacional se elaboró en respuesta a los conflictos civiles que se presentaron alrededor del mundo y específicamente en el continente africano durante la década de 1990.⁷⁷ En estos conflictos se registró un significativo reclutamiento infantil que condujo al uso de miles de niños y niñas en los campos de batalla. Debido a que no existía una prohibición expresa de carácter internacional frente a este flagelo, se determinó la imperiosa necesidad de llenar este vacío mediante la adopción de este protocolo que establecen normas de derecho internacional humanitario, dirigida a la protección de los derechos de niños y niñas en conflictos, sean internos o internacionales.⁷⁸ Colombia incorporó el Protocolo en su ordenamiento mediante la Ley 833 de 2003 y entró en vigencia en el 2005.⁷⁹

El objetivo de este Protocolo es evitar la participación de niños y niñas en actividades hostiles e impedir que sean reclutados en las fuerzas armadas. En su articulado, insta a los Estados a adoptar medidas para que no estén involucrados en el desarrollo del conflicto. Además, establece que se deberá definir una edad mínima para el reclutamiento voluntario. También obliga a los Estados a garantizar, aplicar y vigilar el cumplimiento del Protocolo y de adelantar las actuaciones necesarias para que los niños y niñas reclutados sean liberados y se asegure su rehabilitación e integración social.^{80 81}

⁷⁴ <https://www.humanium.org/es/facultativo-venta-prostitucion-pornografia/> (s.f.).

⁷⁵ [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/Cartilla%2022%20Protecci%C3%B3n%20del%20Ni%C3%B1o%20\(1\).pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/Cartilla%202022%20Protecci%C3%B3n%20del%20Ni%C3%B1o%20(1).pdf) (2022).

⁷⁶ <https://www.unicef.org/media/66806/file/Handbook-Optional-Protocol.pdf> (febrero de 2009)

⁷⁷ <https://www.humanium.org/es/facultativo-conflictos-armados-2000/> (s.f.)

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/Cartilla%2022%20Protecci%C3%B3n%20del%20Ni%C3%B1o%20\(1\).pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/Cartilla%2022%20Protecci%C3%B3n%20del%20Ni%C3%B1o%20(1).pdf) (2022)

⁸⁰ <https://www.humanium.org/es/facultativo-conflictos-armados-2000/> (s.f.)

⁸¹ [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/Cartilla%2022%20Protecci%C3%B3n%20del%20Ni%C3%B1o%20\(1\).pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/FOTOS2020/Cartilla%2022%20Protecci%C3%B3n%20del%20Ni%C3%B1o%20(1).pdf) (2022)

O. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil

En 1999 la OIT adoptó el Convenio No. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. Este instrumento -que es el primero de la OIT que logró la ratificación universal- pretende eliminar las peores formas de trabajo infantil, sin perder de vista su objetivo prioritario cual es, la erradicación absoluta del trabajo infantil.⁸² Este Convenio evidencia el compromiso internacional de eliminar la esclavitud, la explotación sexual y el reclutamiento de niñas y niños para la guerra.⁸³

Este Convenio ha sido complementado por la Recomendación No. 190, que refiere que cualquier trabajo peligroso es aquel que exponga a una niña o a un niño a abusos o peligros de cualquier tipo.⁸⁴ Colombia incorporó el Convenio No. 182 en su ordenamiento interno por medio de la Ley 704 de 2001. Este instrumento internacional se refiere, puntualmente a los casos de esclavitud, reclutamiento, producción y tráfico de estupefacientes, y otro tipo de labores que ponen en riesgo su salud, seguridad y moralidad de la niñez y la adolescencia. Adicionalmente, en su artículo 4 se indica que los Estados deberán determinar los tipos de trabajo que afecten a la niñez.

2. Constitución Política de Colombia

La Constitución Política de 1991 es el resultado de un proceso histórico en el que confluyeron múltiples factores. Por un lado, la Constitución de 1886, tenía más de cien (100) años de vigencia y, aun cuando había sido reformada en repetidas oportunidades, no guardaba consonancia con la época, ni con las expectativas del pueblo colombiano. Adicionalmente, el agravamiento del conflicto armado, el auge del narcotráfico y la búsqueda de unas instituciones pluralistas impulsaron a un movimiento juvenil a demandar la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Ésta debía estar conformada por delegatarios que representaran los distintos sectores políticos de la sociedad colombiana.

De esta manera, en diciembre de 1990 se eligieron a los setenta (70) delegatarios que integraron la Asamblea Nacional Constituyente. El 7 de julio de 1991 se promulgó la nueva Constitución Política, que establece una Carta de Derechos Humanos; promueve la participación política; fortalece la protección de los derechos de distintas poblaciones vulnerables; reconoce la diversidad étnica y cultural, entre otros asuntos.⁸⁵

La Constitución establece los derechos y deberes de todas las personas que habitan en el territorio sin importar su edad, condición económica, origen, sexo, cultura o lugar de residencia.⁸⁶ Adicionalmente, fortaleció las instituciones públicas y creó nuevas entidades orientadas a hacer efectivos los derechos de que son titulares las personas. También modificó el régimen de ordenamiento territorial mediante la asignación de mayor autonomía a los departamentos, municipios y distritos.

A diferencia de la Constitución de 1886, que no trataba específicamente de las niñas, niños y adolescentes, la de 1991 les concede un lugar primordial dentro del nuevo ordenamiento. Específicamente establece que deberán ser protegidos por la familia, el Estado y la sociedad y

⁸² <https://www.ilo.org/ipec/facts/LOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>. (s.f.)

⁸³ <https://news.un.org/es/story/2020/08/1478372>. (4 de agosto de 2020).

⁸⁴ <https://www.ilo.org/ipec/facts/LOconventionsonchildlabour/lang-es/index.htm>. (s.f.)

⁸⁵ <https://www.corteconstitucional.gov.co/constitucion-colombia-ninas-ninos/la-constitucion/> (2022)

⁸⁶ <https://www.corteconstitucional.gov.co/constitucion-colombia-ninas-ninos/2022/05/27/sesion-1-que-es-la-constitucion-politica> (2022)

que sus derechos prevalecerán sobre los de los demás.⁸⁷ En lo que respecta a sus derechos, la Constitución establece que son titulares de todos los establecidos en la carta de derechos, así como los establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Adicionalmente, el artículo 44 de la Constitución consagra que son derechos de los niños y las niñas «*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.*».⁸⁸ Asimismo, el artículo 50 de la Constitución consagra el derecho de todo niño o niña menor de un (1) año a estar cubierto por algún tipo de protección o seguridad social, así como recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud.⁸⁹

3. Leyes orientadas a la protección de la primera infancia

A. Ley 1098 de 2006

Por medio de la Ley 1098 de 2006 se expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia. Éste derogó el Código del Menor que se había promulgado en 1989 e incorporó recomendaciones en materia de protección de derechos humanos de la población infantil y adolescente. Su estructura guarda correspondencia con el desarrollo de la jurisprudencia en torno a la realización de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, visibiliza algunas de las diferencias en la protección especial que se debe brindar de acuerdo con la edad y desarrollo de las personas menores de dieciocho (18) años. Específicamente, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece que se entenderá por niña o niño, cualquier persona menor de doce (12) años y por adolescente, las personas entre los doce (12) y los dieciocho (18) años.⁹⁰ Adicionalmente trata de manera específica sobre la primera infancia -que de acuerdo con el artículo 29, comprende a la población entre los cero (0) y los seis (6) años-, y refiere algunos de los derechos impostergables para asegurar el desarrollo integral de esta población. Este es un punto de particular importancia, debido a que hace visible el grupo etario dentro de la infancia, que demanda la mayor protección y apoyo en la realización de sus derechos.

La estructura del Código de la Infancia y la Adolescencia atiende a la evolución que se ha registrado en el entendimiento de los derechos de la niñez y la adolescencia. Establece principios que deben orientar la aplicación de las normas sustantivas y procedimentales relacionadas con la protección de la población menor de dieciocho (18) años. Entre los principios se destacan: (i) el interés superior de niñas, niños y adolescentes;⁹¹ (ii) la prevalencia de los derechos de la población infantil y adolescente;⁹² (iii) la corresponsabilidad de la familia, el Estado y la sociedad en la garantía de los derechos de esta población;⁹³ (iv) la exigibilidad de los derechos de infantes y adolescentes por parte de cualquier persona, salvo en las excepciones establecidas en la ley;⁹⁴ y (v) la perspectiva de género en la aplicación de las disposiciones relativas a la protección de esta población.⁹⁵ Algunos de éstos se encuentran consagrados en la Convención, mientras que otros están incorporados en la Constitución Política. De otra parte, es necesario resaltar que el Código de la Infancia y la Adolescencia establece que sus disposiciones deberán ser interpretadas de acuerdo con la Constitución Política y los instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Constitución Política de 1991. Artículo 44.

⁸⁹ Constitución Política de 1991. Artículo 50.

⁹⁰ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 3.

⁹¹ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 8.

⁹² Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 9.

⁹³ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 10.

⁹⁴ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 11.

⁹⁵ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 12.

Respecto de los derechos de la población menor de dieciocho (18) años, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece un catálogo de derechos que comprende: la vida, calidad de vida y ambiente sano; la integridad personal; el buen trato; la rehabilitación y resocialización; la protección contra cualquier situación que afecte su bienestar, salud, etc.; la libertad y seguridad personal; tener una familia y no ser separado de ella; la custodia y el cuidado personal; los alimentos; la identidad; el debido proceso; la salud; la educación; el desarrollo integral de la primera infancia; la intimidad; la información; la libertades de expresión y del desarrollo de la personalidad, entre otras. Sobre el derecho al desarrollo integral en la primera infancia, esta norma establece que durante esta etapa se forjan las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano, y refiere como derechos impostergables de esta población, los siguientes: la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros físicos, el registro civil y la educación inicial.⁹⁶

Adicionalmente, indica que los padres tienen una responsabilidad parental sobre sus hijos e hijas para la protección de sus derechos, que excluye el uso de violencia física, psicológica o actos que impidan el correcto ejercicio de sus derechos. También, refiere que el Estado está en el deber de ejercer vigilancia por intermedio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF sobre las personas naturales o jurídicas que alberguen o cuiden niños y niñas.⁹⁷

Otra característica del Código de la Infancia y la Adolescencia es que consagra las obligaciones que deben cumplir la familia, la sociedad y el Estado para: (i) promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto;⁹⁸ (ii) tomar parte activa en la vigencia efectiva de los derechos y garantías de todos los niños, las niñas y los adolescentes;⁹⁹ e (iii) influir en el desarrollo integral de las niñas, los niños y los adolescentes.¹⁰⁰ En adición a lo anterior, se establecen las obligaciones específicas de las instituciones educativas que, no se limitan a la prestación del servicio público educativo, sino que también comprenden deberes específicos de protección frente a los riesgos a los que se encuentran expuestos los niños, las niñas y los adolescentes.¹⁰¹

Asimismo, el Código de la Infancia y la Adolescencia consagra las medidas de restablecimiento que deberán ser implementadas por las autoridades competentes para cesar la vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes y procurar su adecuada garantía. Al respecto atribuye competencias específicas en esta materia al ICBF, la Policía Nacional, la Defensoría de Familia, las Comisarías de Familia, o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales.¹⁰² De igual forma, esta norma establece el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos, el cual se deberá impulsar cuando se tenga conocimiento de una vulneración o amenaza de alguno de los derechos de niñas, niños y adolescentes.¹⁰³

De igual forma, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece el sistema penal adolescente, así como las reglas especiales que se deben aplicar cuando niñas, niños y adolescentes sean víctimas de delitos.¹⁰⁴ De otro lado, también consagra competencias generales del funcionamiento del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y las normas de inspección, vigilancia y control para hacer efectivas las disposiciones consagradas en esta norma.

⁹⁶ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 29.

⁹⁷ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 16.

⁹⁸ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 39.

⁹⁹ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 40.

¹⁰⁰ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 41.

¹⁰¹ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 42 y siguientes.

¹⁰² Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 50 y siguientes.

¹⁰³ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 96 y siguientes.

¹⁰⁴ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Artículo 139 y siguientes.

B. Ley 1295 de 2009

A finales de 2009 se promulgó la Ley 1295. Por medio de esta se reglamentó la atención integral de niños y niñas de primera infancia que se encontraban clasificados como 1, 2 y 3 del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – Sisbén. El objeto de esta era contribuir a la mejora de la calidad de vida de madres gestantes y niñas y niños menores de seis (6) años a través de acciones interinstitucionales que garantizaran sus derechos a la alimentación, nutrición adecuada, educación inicial y atención integral en salud.¹⁰⁵ Esta norma reconoce que los derechos de los niños y las niñas comienzan desde su gestación, y es deber de todos los actores relevantes garantizar su integridad física y mental.¹⁰⁶ Adicionalmente, estableció la obligación en cabeza del Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Hacienda, Educación, Protección Social y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF de diseñar un programa de atención integral para la población referida.¹⁰⁷ Lo anterior, también involucra a las administraciones departamentales, municipales y distritales, de acuerdo con sus competencias.¹⁰⁸ La Ley 1295 de 2009 también se refiere a la prestación de servicios de atención en guarderías de atención integral, centros de bienestar, hogares juveniles, jardines, ludotecas y escuelas infantiles.¹⁰⁹ Para el caso de niñas y niños en condición de discapacidad o con talentos excepcionales, la ley reconoció que deberán existir espacios y tipos de atención que se adapten a sus necesidades específicas.¹¹⁰

Esta norma tuvo especial relevancia en el avance de la prestación de asistencia y atención especial a una de las poblaciones más vulnerables dentro de los grupos sociales. Sin embargo, el artículo 28 de la Ley 1804 de 2016 derogó esta ley para establecer la política De Cero a Siempre que establece un nuevo esquema de atención integral a la primera infancia.

C. Ley 1753 de 2015

En junio de 2015 se promulgó la Ley 1753, por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 «Todos por un nuevo país». En esta norma se estableció que la educación inicial es un derecho de los niños y las niñas menores de cinco (5) años. Adicionalmente sentó las bases para la reglamentación de la prestación del servicio de educación inicial en el marco de la atención integral a la primera infancia, que son las siguientes: (i) desarrollo del sistema de gestión de la calidad; (ii) definición de proceso de tránsito de la educación inicial a la educación preescolar en el Sistema Educativo Nacional; (iii) referentes técnicos y pedagógicos de la educación inicial; (iv) desarrollo el Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia; y (v) los procesos para la excelencia del talento humano.¹¹¹ Lo anterior, reviste especial importancia, debido a que incorpora en el ordenamiento interno el reconocimiento expreso que el derecho a la educación de las niñas y de los niños se debe garantizar desde su nacimiento.¹¹² De igual forma, establece disposiciones para armonizar el tránsito de la educación inicial a la educación preescolar, que es un asunto particularmente sensible en la primera infancia.

D. Ley 1804 de 2016

En 2016 se promulgó la Ley 1804, por medio de la cual se estableció la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia «De Cero a Siempre». Esta ley derogó la Ley 1295 de

¹⁰⁵ Ley 1295 de 2009 (derogada). Artículos 1 y 2.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Ley 1295 de 2009 (derogada). Artículo 3.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ Ley 1295 de 2009 (derogada). Artículo 8.

¹¹⁰ Ley 1295 de 2009 (derogada). Artículos 10 y 11.

¹¹¹ Ley 1753 de 2015. Artículo 56.

¹¹² *Ibid.*

2009, y buscó robustecer el sistema de atención integral a la primera infancia. El propósito de la ley fue sentar bases conceptuales, técnicas y de gestión para el desarrollo de las niñas y los niños entre los cero (0) y los seis (6) años, así como de las mujeres gestantes, por medio del fortalecimiento del marco institucional para el reconocimiento, protección y garantía de sus derechos.¹¹³ El nombre «De Cero a Siempre», se refiere al rol que debe cumplir el Estado, la familia y la sociedad durante el desarrollo de todos los niños y las niñas, de acuerdo con el principio de corresponsabilidad. La norma reconoce la necesidad de garantizar el pleno goce de los derechos de la primera infancia. Adicionalmente, pretende fortalecer las articulaciones interinstitucionales y reafirmar varias de las obligaciones internacionales adquiridas en la Convención sobre los Derechos del Niño y en otras normas.¹¹⁴

La ley adopta como definición de desarrollo integral: «... *el proceso singular de transformaciones y cambios de tipo cualitativo y cuantitativo mediante el cual el sujeto dispone de sus características, capacidades, cualidades y potencialidades para estructurar progresivamente su identidad y su autonomía.*».¹¹⁵ La misma entiende que el desarrollo integral está en consonancia con las características propias de cada niño o niña, de sus vivencias y contextos.¹¹⁶

Frente a la garantía de los derechos de esta población, la norma aborda específicamente lo relacionado con la nutrición adecuada, educación, atención, a la cual deben acceder todos los niños y niñas en su primera infancia. En el marco de esta política, se pretende que, en todo el territorio nacional, todos los actores -tanto oficiales, como privados- encaminen sus esfuerzos al desarrollo integral de la población colombiana entre los cero (0) y los seis (6) años, de acuerdo con una priorización de la atención y una focalización de los recursos. Adicionalmente, todas las acciones, deben estar permeadas por un enfoque diferencial.¹¹⁷

El trabajo articulado intersectorial también debe hacerse desde los distintos niveles territoriales, esto es, nacional, departamental, municipal y distrital, y deberá estar dirigido a identificar la situación de los derechos de la primera infancia, en orden a formular las mejores alternativas para la garantía, seguimiento y evaluación de sus derechos.¹¹⁸

E. Ley 1955 de 2019

El 25 de mayo de 2019 se promulgó en el Diario Oficial la Ley 1955 «*Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018 - 2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”*». Esta norma definió diversos arreglos administrativos orientados a lograr una protección integral de la población vulnerable. Entre las modificaciones introducidas, se destaca la creación del Sistema Nacional de Mujeres como un «*conjunto de políticas, instrumentos, componentes y procesos con el fin de incluir en la agenda de las diferentes ramas del poder público los temas prioritarios en materia de avance y garantía de los derechos humanos de las mujeres, con especial énfasis en el impulso de la transversalidad del enfoque de género y étnico para las mujeres en las entidades del orden nacional y en la definición de políticas públicas sobre equidad de género para las mujeres*».¹¹⁹ Dentro de las funciones atribuidas por la norma al Sistema Nacional de Mujeres se encuentran la formulación y seguimiento al plan de acción de la Política de Equidad de Género para las Mujeres. Asimismo, se le asignó la función de hacer seguimiento a la Política Pública de Cuidado que construirá la Comisión Intersectorial del Sistema de Cuidado, para lo cual deberá tener en cuenta un enfoque

¹¹³ Ley 1804 de 2016. Artículo 2.

¹¹⁴ Ley 1804 de 2016. Artículo 3.

¹¹⁵ Ley 1804 de 2016. Artículo 4, literal a).

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Ley 1804 de 2016. Artículo 6.

¹¹⁸ Ley 1804 de 2016. Artículo 8.

¹¹⁹ Ley 1955 de 2019 Artículo 222

de género para reconocer, reducir y redistribuir el trabajo doméstico y de cuidado no remunerado.¹²⁰

En cumplimiento de lo dispuesto en esta norma, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1228 del 18 de julio de 2022 por medio del cual organizó, definió la estructura y las funciones de la Comisión Intersectorial de la Política Nacional de Cuidado que reviste especial importancia en la protección de la infancia y la adolescencia, debido a que pretende reconocer y apoyar el esfuerzo de padres, madres y cuidadores en la labor de cuidado de niñas, niños y adolescentes, entre otras.¹²¹ Dentro de las funciones más relevantes que cumple la Comisión Intersectorial de la Política Nacional de Cuidado están: (i) la definición de los lineamientos y de las estrategias para la implementación de la Política Nacional de Cuidado, (ii) adoptar los lineamientos definidos por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para la generación de información relacionada con la Política, y (iii) fomentar la cooperación y el intercambio de experiencias entre las diferentes entidades en materias relacionadas con la Política Nacional del Cuidado.¹²²

F. Ley 2089 de 2021

En 2021 se promulgó la Ley 2089, por medio de la cual se prohíbe el uso del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia como método de corrección contra niñas, niños y adolescentes. Esta ley, busca que los padres, madres o quien ejerza la representación de las personas menores de dieciocho (18) años, así como cualquier persona encargada de su cuidado, se limiten a educar, criar y corregir a los niños y niñas, sin acudir a algún tipo de violencia, sea física o psicológica.¹²³ Adicionalmente, agrega el derecho al buen trato en el Código de la Infancia y la Adolescencia, con el fin de proteger la integridad física, psíquica y emocional de niños y niñas.

Igualmente, en la ley se establece la Estrategia Nacional Pedagógica y Prevención del castigo físico, tratos crueles, humillantes o degradantes que pretende que tanto el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Salud y Protección Social, el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el Ministerio del Interior, y el Ministerio de Justicia y el Derecho coordinen esfuerzos para avanzar en la eliminación del castigo físico y los tratos crueles, humillantes o degradantes contra niños, niñas y adolescentes. Este plan fue lanzado por el Gobierno Nacional en el año 2021 y será determinante para avanzar hacia la meta de erradicar el castigo físico, así como los tratos crueles, humillantes y degradantes como método de corrección contra personas menores de dieciocho (18) años.¹²⁴

La Corte Constitucional en sentencia C-066 de 2022 declaró inconstitucionales algunas disposiciones de esta norma. Específicamente las que reconocían las conductas violentas como parte del proceso de educación de niñas y niños y, las que impedían que estas conductas constituyeran causales de pérdida de la patria potestad o la custodia, siempre que no fueran reiterativas y no afectaran la salud mental o física del niño, niña o adolescente.¹²⁵

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Decreto 1228 de 2022

¹²² *Ibid.*

¹²³ Ley 2089 de 2021. Artículo 1.

¹²⁴ Ley 2089 de 2021. Artículo 5.

¹²⁵ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-066 de 2022. [M.P.: Alejandro Linares Cantillo].

G. Ley 2244 de 2022

En 2022 se promulgó la Ley 2244, por medio de la cual se reconocen los derechos de la mujer en embarazo, trabajo de parto, parto y posparto, también denominada «*Ley de Parto Digno, Respetado y Humanizado*». Esta norma extendió la protección a los derechos de los recién nacidos.¹²⁶ Algunos de los derechos que se establecen son los siguiente: recibir atención, ser tratada con respeto y sin discriminación, reconocer su calidad de sujeto de especial protección, recibir información adecuada, ingresar al sistema de salud sin barreras, recibir monitoreos intermitentes y recibir apoyo psicosocial, entre otros.¹²⁷ Esta protección específica tiene especial importancia en la garantía del derecho a la vida y a la salud de la madre y del infante.

Por su parte, los derechos del recién nacido incluyen: trato con respeto y dignidad, ser inscrito en el Registro Civil y afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, recibir los cuidados y tratamientos necesarios, tener contacto piel con su madre y amamantamiento, corte oportuno del cordón umbilical, no ser separado de su madre, tener contacto con su padre, que sus padres reciban información adecuada para su cuidado.¹²⁸

Adicionalmente, la ley incluye obligaciones para el Estado y los actores del sistema de salud con el fin de garantizar atención oportuna y especializada tanto a la mujer gestante como del recién nacido.¹²⁹

¹²⁶ Ley 2244 de 2022. Artículo 1.

¹²⁷ Ley 2244 de 2022. Artículo 4.

¹²⁸ Ley 2244 de 2022. Artículo 7.

¹²⁹ Ley 2244 de 2022. Artículo 9.

¹³⁰ Ley 2281 de 2023 Artículo 2

¹³¹ Ley 2281 de 2023 Artículo 6

III. Fundamentos de la protección de la primera infancia

La protección efectiva de los derechos de la primera infancia se apoya en una serie de fundamentos que conviene precisar.¹³² Estos constituyen un referente para orientar las acciones encaminadas al goce efectivo de los derechos humanos de esta población.¹³³ Adicionalmente, ofrecen criterios para determinar el nivel de garantía de los derechos de la primera infancia. Por otro lado, apoyan la resolución de controversias que involucran a niñas y niños de manera individual o colectiva.¹³⁴ Aun cuando estos fundamentos se aplican de manera general en la protección de derechos de la niñez y la adolescencia, se abordarán a continuación, desde la óptica de la primera infancia.

1. Protección especial e integral

Las niñas y los niños en su primera infancia se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad y esto repercute en la realización de sus derechos.¹³⁵ Por este motivo, demandan una protección especial e integral de la familia, la sociedad y el Estado para gozar de los derechos humanos de los que son titulares.¹³⁶

Desde la gestación hasta los ocho (8) años experimentan cambios que deben ser debidamente reconocidos. Como lo señala el Comité de los Derechos del Niño (CDN), durante la primera infancia, las niñas y los niños *«atravesan el período de más rápido crecimiento y cambio de todo su ciclo vital»*.¹³⁷ Su cuerpo y su sistema nervioso se desarrollan, así como su movilidad, sus competencias comunicativas y cognitivas.¹³⁸ También, crean y fortalecen vínculos emocionales con madres, padres y cuidadores, con niños de su misma edad y menores, así como con personas mayores.¹³⁹ La convivencia con otras personas permite el desarrollo de la comunicación, la realización de tareas comunes, la resolución de conflictos, así como el cumplimiento de pautas de conducta.¹⁴⁰ Es tan importante esta etapa, que el CDN ha sostenido que los primeros años *«son la base de su salud física y mental, de su seguridad emocional, de su integridad cultural y personal y del desarrollo de sus aptitudes»*.¹⁴¹

Para lograr un adecuado desarrollo que les permita realizar sus derechos, es indispensable que las niñas y los niños en su primera infancia reciban un adecuado cuidado de su cuerpo y una debida atención de sus emociones¹⁴² basadas en el amor¹⁴³ y el reconocimiento de su individualidad. Esta atención deberá promover el juego, la exploración y el aprendizaje del contexto.¹⁴⁴ No obstante, a pesar de las necesidades especiales de esta población, hay diferentes factores que afectan de manera sustancial su desarrollo y llevan a la violación de sus derechos. Tal es el caso de la pobreza, los conflictos, la violencia, la trata de personas, el abuso, la malnutrición, la enfermedad, la ausencia de una familia, el desplazamiento, la exclusión social, las condiciones de discapacidad, entre otras circunstancias.¹⁴⁵

La niñez en su primera infancia encuentra mayor dificultad para entender las adversidades y

¹³² Estos fundamentos se derivan de la Convención de los Derechos del Niño, las Observaciones del Comité de los Derechos del Niño, la Constitución Política de Colombia, el Código de la Infancia y la Adolescencia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

¹³³ Corte Constitucional, Sentencia C- 569 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 468 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera

¹³⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1 20 de septiembre de 2006 (español) Disponible en: <https://www2.ohchr.org>

¹³⁶ Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006, Artículos 9, 10 y 11.

¹³⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 3

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Constitución Política de Colombia, Artículo 44

¹⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 3

¹⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Generales Nos. 4 (2003) y 7 (2005)

¹⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 17

¹⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 18

para resistir sus efectos.¹⁴⁶ Asimismo, es más vulnerable «a la enfermedad, los traumas y las distorsiones o trastornos del desarrollo».¹⁴⁷ Por lo anterior, resulta indispensable que el Estado, la familia y la sociedad implementen todas las medidas a su alcance para contrarrestar los diferentes factores de riesgo que amenazan y vulneran a la primera infancia. Tales medidas, a su vez, previenen dificultades personales y sociales en la mitad de la infancia y en la adolescencia.¹⁴⁹

Esta exigencia de una protección especial e integral tiene su origen en la Declaración de Ginebra de 1924 cuando refiere que «el niño ha de ser puesto en condiciones de desarrollarse de una manera normal, material y espiritualmente».¹⁵⁰ Asimismo, se constata cuando clama porque «el niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser estimulado; el niño desadaptado debe ser reeducado; y el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados».¹⁵¹ Este postulado ha permeado todos los instrumentos de protección de la niñez¹⁵² y se ha erigido como uno de los fundamentos de la garantía de sus derechos.¹⁵³

La realización de los derechos de esta población no se puede concebir sin la implementación de acciones especiales que permitan su ejercicio durante cada etapa de su proceso de desarrollo. Este proceso varía de acuerdo con las características propias de cada persona, en particular su sexo, sus condiciones familiares, económicas, y otros factores.¹⁵⁴ Todos estos elementos deben ser considerados dentro del diseño de las acciones para lograr la plena garantía de sus derechos.¹⁵⁵

Caso

En 2018 la Corte Constitucional revisó un caso que se presentó en el municipio de Santa Bárbara del Pinto, departamento de Magdalena.¹⁵⁶ Un grupo de niñas y niños estaban siendo transportados a un Centro de Desarrollo Infantil (CDI) para recibir las prestaciones de la estrategia de atención integral a la primera infancia «De Cero a Siempre».¹⁵⁷ Sin embargo, el transporte estaba siendo prestado en vehículos que no cumplían con los requisitos establecidos en la norma para movilizar personas. Según se indicó «los vehículos no cuentan con los distintivos propios del transporte escolar ni tienen sillas individuales, sino que “por el contrario los NNA se sientan en el fondo del carro o motocarro donde hay una colchoneta, no tienen extintores de incendios, kit de primeros auxilios y/o botiquín, y tampoco salida de emergencia”».¹⁵⁸

Por este motivo, el Personero presentó una acción de tutela en contra de la Alcaldía y la empresa de transporte, con el propósito de que cumplieran los requisitos establecidos en la norma y en el contrato suscrito.¹⁵⁹ Los jueces de primera y de segunda instancia declararon la improcedencia de la acción de tutela por considerar que existía otro mecanismo de defensa,

¹⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 17

¹⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 18

¹⁴⁸ Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006, Artículos 9 y 10

¹⁴⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones Generales Nos. 4 (2003) y 7 (2005)

¹⁵⁰ Declaración de Ginebra de 1924

¹⁵¹ Ibid. Vale la pena anotar que el lenguaje corresponde a la traducción al español y el uso de los términos ha variado significativamente en el marco de la protección de los derechos de la niñez.

¹⁵² Se observa en el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención de los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales.

¹⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C- 569 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo

¹⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 4

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 122 de 2018 M.P. Carlos Bernal Pulido

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

como era la acción de cumplimiento. Sin embargo, el caso fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional, que decretó pruebas adicionales para conocer el estado actual de los derechos de la población que asistía al CDI.

Este órgano encontró que el transporte prestado ponía en grave riesgo la integridad y la vida de los infantes. No obstante, también advirtió que la interrupción de su prestación durante un período de tiempo había impedido que las niñas y los niños accedieran a las prestaciones necesarias para la garantía de sus derechos, como era el caso de la educación inicial, la nutrición y los servicios de salud. También anotó que en los casos en que los padres los llevaban en motocicleta, también estaban poniendo en riesgo su integridad. Por esta razón, revocó las sentencias proferidas por los jueces de instancia y le ordenó a la Alcaldía municipal que siguiera adelante con los procesos contractuales para ofrecer el servicio de transporte con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma.¹⁶⁰ También ordenó a todas las personas involucradas en la operación que iniciaran un diálogo orientado a garantizar el adecuado cumplimiento de las condiciones de seguridad de los vehículos.

Esta decisión se apoyó de manera especial en el reconocimiento de la protección especial e integral de la niñez, y particularmente de la primera infancia. Resaltó que las medidas ordenadas buscaban mitigar factores de riesgo que comprometían la vida y la integridad de este grupo. Asimismo, determinó que el servicio de transporte era indispensable en orden a garantizar el acceso a una serie de prestaciones que permitían la realización de sus derechos. Esta decisión constituye un referente en la aplicación de medidas orientadas a la protección especial e integral de la niñez.¹⁶¹

2. Corresponsabilidad

Las niñas y los niños requieren atención y cuidado especial de la familia, la sociedad y el Estado en la realización de sus derechos.¹⁶² Esta concurrencia de actores, también denominada corresponsabilidad, constituye uno de los pilares de la protección de la primera infancia.¹⁶³

La corresponsabilidad, parte del reconocimiento de la familia como «*grupo fundamental de la sociedad y medio para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros*».¹⁶⁴ Madres, padres, miembros de la familia ampliada, e incluso miembros de la comunidad, según corresponda con la costumbre local, tienen la función primordial de acompañar a niñas y niños en su proceso de desarrollo.¹⁶⁵ Esta responsabilidad la deben cumplir atendiendo a la «evolución de las facultades» de esta población.¹⁶⁶ Lo anterior implica, que a medida que van madurando, a las niñas y los niños se les debe reconocer un mayor grado de libertad en el ejercicio de sus derechos.¹⁶⁷ No se puede alegar la relativa inmadurez de una niña o niño para desarrollar prácticas autoritarias que limiten su autonomía y su expresión.¹⁶⁸

El Estado debe propender por el adecuado cumplimiento de las responsabilidades de la familia, mediante acciones pertinentes que fortalezcan los lazos de confianza entre madres, padres e hijos; porque «la supervivencia, el bienestar y el desarrollo dependen de las relaciones estrechas» que forman con las personas cercanas.¹⁶⁹ Estas acciones deben partir del reconocimiento de las diferentes estructuras familiares, así como de los desafíos de los diversos

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Esta conclusión es propia a partir de una revisión de la jurisprudencia constitucional.

¹⁶² Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006, Artículo 10

¹⁶³ Corte Constitucional, Sentencia T- 278 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

¹⁶⁴ Convención de los Derechos del Niño (1989), Preámbulo

¹⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 15

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 9

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

contextos sociales. Asimismo, deben reconocer la igualdad entre madres y padres.¹⁷⁰ Debido a que la realización de los derechos depende en importante medida del bienestar y los recursos de las personas que tienen bajo su cuidado la primera infancia, se deben promover intervenciones que fortalezcan la capacidad de las familias de brindar a sus hijos la vivienda, las prestaciones y los servicios públicos requeridos para la garantía de sus derechos.¹⁷¹ También es relevante que los Estados ofrezcan una asistencia adecuada a madres y padres en el cuidado y atención de sus hijos a medida que avanza la primera infancia.¹⁷²

Las niñas y los niños deben permanecer bajo el cuidado de su familia y no podrán ser separados de ella, salvo en casos excepcionales en los que se encuentre en grave riesgo la garantía de sus derechos.¹⁷³ Además, la separación de la familia siempre deberá estar apoyada en el interés superior del niño o de la niña y deberá estar acompañada de medidas que garanticen de manera efectiva sus derechos.¹⁷⁴ Por otra parte, cuando se produzca la separación de las personas que tienen bajo su cuidado al niño o la niña, se deberá dar aplicación a los procedimientos para la determinación de la custodia. También, se deberá procurar que continúen en contacto con sus familiares, debido a que la separación tiene consecuencias especialmente graves sobre las niñas y los niños.¹⁷⁵

Por su parte, el Estado debe adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para asegurar la garantía de los derechos de la primera infancia.¹⁷⁶ Para este propósito debe implementar, además de acciones de fortalecimiento familiar, todas las que sean necesarias para salvaguardar la vida, la integridad y los derechos de esta población, como la prestación de servicios públicos, y la regulación de los servicios públicos brindados por particulares, a fin de lograr la adecuada realización de sus derechos.¹⁷⁷ Asimismo, el Estado debe intervenir de manera activa para contrarrestar los diferentes factores de riesgo que afecten de manera especial el goce de los derechos humanos de la primera infancia.¹⁷⁸ Esta atención tiene un carácter prioritario.

Finalmente, la sociedad también debe actuar de manera articulada en defensa de los derechos de la primera infancia.¹⁷⁹ Debe reportar y denunciar los eventos que amenacen o vulneren los derechos de esta población.¹⁸⁰ También puede demandar el restablecimiento de los derechos ante las autoridades competentes.¹⁸¹ Estas funciones las puede cumplir cualquier individuo en virtud de la exigibilidad de los derechos de esta población.¹⁸² Sin embargo, las normas reconocen el papel especial que cumplen las organizaciones de la sociedad civil, a las instituciones educativas, al sistema de salud y a los medios de comunicación en el logro de este objetivo.¹⁸³ Por esta razón, diferentes instrumentos, incluido el Código de la Infancia y la Adolescencia atribuyen funciones especiales a todos estos en el marco de la protección integral de los derechos de la infancia.¹⁸⁴

Caso

En 2014 la Corte Constitucional resolvió un caso que se presentó en el municipio de Pamplona,

¹⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 8

¹⁷¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 11

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ Convención de los Derechos del Niño (1989), Artículo 9

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 033 de 2020 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

¹⁷⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 9

¹⁷⁶ Convención de los Derechos del Niño (1989), Artículo 4

¹⁷⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 15

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006, Artículo 11

¹⁸⁰ Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006, Artículos 40, 44 y 47

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Código de la Infancia y la Adolescencia – Ley 1098 de 2006, Artículo 11

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

departamento de Norte de Santander.¹⁸⁵ Un niño que padecía una enfermedad llamada «*ictiosis de tipo eritrodermia ictiosiforme congénita*» se vinculó desde muy temprana edad a un programa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) denominado Hogar Gestor.¹⁸⁶ Este programa perseguía que las familias de niños y niñas con alguna condición de discapacidad pudieran superar las condiciones de vulnerabilidad específicas y pudieran proveer para el adecuado desarrollo de ellos. Mientras que el niño permaneció en el programa recibió medicamentos específicos para el tratamiento de su enfermedad congénita, así como apoyo para la consolidación un grupo familiar en capacidad de apoyar su adecuado desarrollo. Aunque por solicitud de la abuela, que era la principal cuidadora, el niño pudo prorrogar su permanencia en el programa Hogar Gestor, hasta cumplir cuatro (4) años y cuatro (4) meses; en 2013 el ICBF le notificó la finalización de su permanencia en el programa.¹⁸⁷

En respuesta a la determinación del ICBF, la abuela presentó una acción de tutela porque, según ella, si el niño no accedía al programa dejaba de recibir los medicamentos para el tratamiento de su enfermedad congénita. El juez de instancia que resolvió la acción concedió el amparo y en consecuencia le ordenó al ICBF que vinculara nuevamente al niño al programa Hogar Gestor.¹⁸⁸

En su revisión del caso, la Corte Constitucional observó que el programa Hogar Gestor había cumplido su propósito en la medida en que había permitido la consolidación de una red de apoyo más efectiva en favor del niño que le permitía desarrollar su proceso escolar con éxito. En relación con la obtención de los medicamentos necesarios para tratar la enfermedad congénita del niño, la Corte sostuvo que no era deber del ICBF proveerlo de manera indefinida, sin embargo, reconoció que los medicamentos eran indispensables para la garantía de los derechos fundamentales del niño.

Por este motivo, señaló que era deber de la Entidad Promotora de Salud (EPS) en el marco de la corresponsabilidad, brindar los medicamentos requeridos. No obstante, como los medicamentos no se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud (POS), la Corte Constitucional le ordenó a la EPS inaplicar las normas del POS y entregar los medicamentos al niño en orden a proteger su derecho a la salud y demás derechos fundamentales conexos. También autorizó a la EPS para recuperar estos gastos ante el Fosyga.¹⁸⁹ Este caso demuestra la aplicación del principio de corresponsabilidad, en la medida en que obligó al sistema de salud al cumplimiento de una obligación que era indispensable para la garantía de los derechos fundamentales de un niño, y que no podía ser brindada por la familia debido a su escasez de recursos.

3. Principio de no discriminación

A ningún niño o niña se le podrá negar el goce de sus derechos humanos por motivos de raza, sexo, nacionalidad, etnia, condición económica o social, o por cualquier otra razón.¹⁹⁰ En esto consiste el principio de no discriminación de los derechos de la niñez, que se consagró por primera en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.¹⁹¹ La discriminación puede ser el resultado de medidas específicamente dirigidas a establecer distinciones entre las personas, como también de la pobreza, la exclusión, entre otros factores.

Como lo señala el CDN: «*la discriminación puede consistir en una peor nutrición, en una atención y*

¹⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 301 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid.

¹⁸⁸ Ibid.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ Convención de los Derechos del Niño (1989), Artículo 2

¹⁹¹ Declaración de los Derechos del Niño (1959) Principio 1

*cuidado insuficientes, en menores oportunidades de juego, aprendizaje y educación, o n la inhibición de la libre expresión de sentimientos y opiniones».*¹⁹² Adicionalmente, se puede manifestar en tratos inadecuados, así como en diferentes formas de explotación o abuso.¹⁹³

Para hacer frente a la discriminación en el goce de los derechos de la primera infancia, es deber de los Estados implementar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, que estén a su alcance. Para lograr lo anterior, es indispensable visibilizar los factores de discriminación, así como las poblaciones que las soportan. En la Observación No. 7 a la Convención de los Derechos del Niño (Convención), el CDN resaltó la discriminación que existe en contra de los siguientes grupos en la primera infancia:

- I. Las niñas son víctimas de graves violaciones de derechos que se constatan en abortos selectivos, mutilación genital, negligencia, nutrición insuficiente durante el primer año de vida, así como traslado de responsabilidades domesticas excesivas y privación de servicios dirigidos a la primera infancia;¹⁹⁴
- II. Los niños y las niñas que presentan condiciones de discapacidad requieren asistencia especial mediante adaptaciones que permitan su integración y la garantía de sus derechos. Sin embargo, hay diferentes obstáculos para que accedan a estos cuidados especiales, lo que reduce sus posibilidades de supervivencia y su calidad de vida;¹⁹⁵
- III. Los niños y las niñas contagiados de VIH/SIDA son discriminados mediante diferentes prácticas que les impiden el acceso a los servicios que requieren para la garantía de sus derechos;¹⁹⁶
- IV. La discriminación relacionada con el origen étnico, la clase social, las circunstancias personales, así como la opinión política de los padres, entre otras, privan a muchos niños y niñas en su primera infancia de participar plenamente en sociedad y de recibir los servicios que requieren para la materialización de sus derechos. Lo anterior, afecta gravemente la autoestima, y promueve el resentimiento y el conflicto;¹⁹⁷
- V. Por último, el CDN resalta el caso de las niñas y los niños que sufren múltiples tipos de discriminación, y resalta que se encuentran en una situación de especial riesgo.¹⁹⁸

Adicionalmente, los instrumentos de protección de derechos humanos hacen especial énfasis en la necesidad de evitar cualquier tipo de discriminación entre los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio, o en otras circunstancias que chocan con las convenciones sociales.¹⁹⁹ También resaltan el deber de los Estados de vigilar y combatir las diferentes formas de discriminación.²⁰⁰

Para lograr lo anterior, el CDN ha resaltado la importancia de sensibilizar a las comunidades acerca de los factores que originan las discriminaciones en la primera infancia.²⁰¹ Asimismo, ha insistido en la importancia de avanzar en la cobertura de servicios públicos que permitan la protección de los derechos de esta población. Debido a que algunos de estos servicios no tienen carácter universal, el CDN insiste en la necesidad de recopilar toda la información necesaria para hacer un seguimiento niño a niño en orden a implementar medidas posteriores que permitan que todas las niñas y los niños accedan a los servicios que demandan en su primera infancia.²⁰²

¹⁹¹ Declaración de los Derechos del Niño (1959) Principio 1

¹⁹² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 5

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Ibid.

Caso

En 2021 la Corte Constitucional resolvió un caso de discriminación que se presentó en Cúcuta, departamento de Norte de Santander.²⁰³ Un niño de nacionalidad venezolana menor de seis (6) años con un diagnóstico de atresia pulmonar fue sometido a una cirugía cardiovascular en una clínica en Cúcuta.²⁰⁴ Luego de la intervención y de la recuperación, el médico tratante ordenó que le practicaran un ecocardiograma transtorácico, pero el Instituto Departamental de Salud de Norte de Santander negó la prestación del examen. Adujo que el niño no contaba con el permiso especial de permanencia (PEP) en Colombia, ni con la afiliación al sistema de seguridad social en salud. Por este motivo, la madre del niño presentó acción de tutela para que se le amparara el derecho a la salud y se le practica el examen.²⁰⁵

El juez de instancia negó el amparo. Sin embargo, le ordenó a la madre que adelantara el trámite de regularización de la situación migratoria de su hijo, y luego adelantara la afiliación al sistema de seguridad social en salud.²⁰⁶

La Corte Constitucional revisó el caso y advirtió que no resultaba admisible que luego de que al niño se le hubiera practicado una cirugía, se le negara la práctica de un examen por no contar con un documento de identificación válido y la afiliación al sistema de salud. Señaló que era una posición «legalista» que no atendía a la garantía de los derechos del niño.²⁰⁷ Adicionalmente, refirió el principio de no discriminación y advirtió que la falta de regularización de la situación migratoria no podía ser un obstáculo para que se le practicara un examen que era necesario para la protección de su salud. Por este motivo, ordenó la práctica del examen médico y también ordenó a Migración Colombia resolver de fondo la solicitud de migración del niño, que llevaba meses sin ser resuelta.²⁰⁸ Esta decisión demuestra cómo la Corte Constitucional removió obstáculos que estaban provocando la discriminación en el goce del derecho fundamental a la salud de un niño.

4. Prevalencia de interés superior – Pro infans

El artículo 3 de la Convención establece que: «*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 que se atenderá será el interés superior del niño*».²⁰⁹ Este concepto se recoge por primera vez en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.²¹⁰ Posteriormente, fue incorporado en diferentes instrumentos internacionales y nacionales de protección de derechos de la infancia y la adolescencia.²¹¹

La delimitación de este término ha sido objeto de múltiples debates. Sin embargo, el CDN en su Observación No. 14 indicó que se trata de un concepto triple:²¹²

- I. Por un lado, se reconoce como un derecho sustantivo que en toda decisión o aplicación de alguna medida que afecte a un niño o niña de manera individual, o de manera colectiva, se debe dar consideración primordial a su interés superior.²¹³ Este debe abordarse desde un

²⁰³ Corte Constitucional, Sentencia T- 090 de 2021 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Ibid.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Convención de los Derechos del Niño (1989), Artículo 3

²¹⁰ Declaración de los Derechos del Niño (1959) Principio 2

²¹¹ Se resaltan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, en la Convención de los Derechos del Niño, entre otros instrumentos internacionales.

²¹² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), CRC/C/GC/14 de 29 de mayo de 2013 (español). Disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-14-principio-interes-superior-2013-.pdf>

²¹³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), Pág. 4

enfoque de garantía de derechos.²¹⁴ Por este motivo, ningún derecho debería verse perjudicado en la aplicación de una decisión o medida.²¹⁵

- II. Asimismo, es un principio de interpretación jurídica de acuerdo con el cual, si una disposición admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de la manera más efectiva el interés superior de la niñez.²¹⁶ También, implica que si se presenta conflicto entre dos o más disposiciones jurídicas se aplicará aquella que sea más favorable al niño o niña.²¹⁷ Incluso, si se presenta conflicto entre los derechos fundamentales de esta población con los de otra persona, deberán prevalecer los primeros.²¹⁸
- III. En tercer lugar, es una norma de procedimiento de acuerdo con la cual siempre se deberán valorar las posibles repercusiones de una decisión sobre la realización de los derechos de la niñez.²¹⁹ Esta valoración deberán apoyarla profesionales expertos en la garantía de los derechos de esta población.²²⁰ Adicionalmente, se deberán adelantar todas las acciones necesarias para conocer la opinión del niño o del grupo que puede ser afectado por una decisión.²²¹ Por otra parte, el procedimiento se debe adelantar de forma expedita, mediante un trámite prevalente.²²² Debe verificarse asimismo una carga argumentativa que soporte la necesidad de la decisión que se adopte, y se deben proveer los mecanismos de revisión en caso de ser necesario.²²³

Además de reconocer el triple carácter del interés superior de la niñez, el CDN ha resaltado que el interés superior genera tres tipos de obligaciones para los Estados parte:

- I. En primer lugar, asegurar que el interés superior de la niñez se incorpore en todas las medidas de las entidades públicas, y de manera particular en las medidas de ejecución y en los procedimientos que repercuten directa o indirectamente sobre los derechos de la infancia.²²⁴
- II. De otro lado, garantizar que todas las decisiones judiciales, administrativas, así como en la función legislativa se demuestre que se ha atendido y evaluado de manera específica el interés superior de la niñez y se ha plasmado de manera adecuada en las decisiones o normas.²²⁵
- III. Asimismo, garantizar que el interés superior de la niñez sea una consideración primordial en las decisiones y en las medidas que adopten los particulares y el sector privado que puedan afectar a un niño o niña. Lo anterior, comprende a los particulares que prestan servicios públicos.²²⁶

En síntesis, el Estado, la familia y la sociedad deben considerar el interés superior de la niñez como el centro de gravedad de cualquier decisión o medida que relacione con las niñas y los niños ya sea de manera individual o colectiva.²²⁷ Esta consideración primordial que se le debe dar al interés superior de esta población se debe enfocar en la realización de sus derechos.²²⁸ Adicionalmente, debe estar apoyada en evidencia, o contar con apoyo especializado para procurar que satisfaga de la mejor manera la garantía de los derechos de esta población.²²⁹ Pero también debe consultar, siempre que sea posible, en la opinión del niño o niña, o el grupo que pueda ser afectado con la decisión o la medida específica.²³⁰ Mientras que se cumplan las

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Ibid.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Ibid.

²²⁰ Ibid.

²²¹ Ibid.

²²² Ibid.

²²³ Ibid.

²²⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), Pág. 4

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), Pág. 10

²²⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), Pág. 15

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 14 (2013), Pág. 11

obligaciones anteriormente referidas, se podrá avanzar en la materialización de los derechos de la niñez, y de manera especial de la primera infancia.

Caso

El interés superior de la primera infancia debe ser una consideración primordial en cualquier decisión que tenga efecto directo o indirecto sobre niñas y niños.²³¹ Entre los casos en los que se le ha dado especial consideración al interés superior de la primera infancia, están los relacionados con adopciones. En 2007 la Corte Constitucional revisó el caso de un niño de seis (6) años que había sido declarado en estado de abandono y se encontraba en proceso de adopción.²³²

Mientras el niño se encontraba bajo el cuidado de una reconocida Casa de Adopciones, el Comité de Adopciones del ICBF determinó que podía ser adoptado por un ciudadano español que cumplía con todos los requisitos establecidos en la norma y con quien además el niño había podido compartir tiempo y comunicaciones.²³³ Sin embargo, la Casa de Adopciones se opuso a esta decisión porque consideraba que, si bien el ciudadano español cumplía los requisitos para adoptar al niño, se debía preferir que lo adoptara una familia compuesta por un padre y una madre. Por esta razón presentó acción de tutela en contra del ICBF para que el niño pudiera ser adoptado por una familia conformada por un padre y madre italianos. Según la Casa de Adopción esta medida atendía al interés superior del niño y debía ser implementada.²³⁴

El juez de instancia negó el amparo solicitado por la Casa de Adopciones por considerar que la asignación de una familia adoptante unipersonal no vulneraba los derechos del niño. El caso fue revisado posteriormente por la Corte Constitucional, que practicó pruebas adicionales que le permitieron identificar que el niño, a pesar de haber sido abandonado por su madre y su familia extensa, se encontraba bajo el cuidado de la Casa de Adopciones y su proceso de desarrollo era positivo.²³⁵ También observó que el niño ya había tenido contacto con el ciudadano español y esperaba que se concretara la adopción. Por este motivo, cuando supo que el proceso se había interrumpido, porque se había planteado la necesidad de que se consideraran otras familias había manifestado ansiedad, estrés y preocupación. El niño dio su opinión de querer ser adoptado por el ciudadano español. Por este motivo, aunque la Corte Constitucional reconoció que la determinación de la decisión de una adopción debe ser adoptada por un grupo de profesionales expertos, en el presente caso indicó que ese proceso se había cumplido. También señaló que en el interés superior del niño, este proceso debía culminar, entre otras razones, por la expresión de la opinión del niño, y el posible efecto negativo que podría traer el inicio de un nuevo proceso de adopción.

Por este motivo, la Corte Constitucional confirmó la decisión del juez de instancia y le ordenó al ICBF seguir adelante con el proceso de adopción del niño.²³⁶ Adicionalmente, le ordenó al ICBF que considerara a la pareja italiana en próximos procesos de adopción.²³⁷ Esta decisión tiene especial relevancia porque muestra que se consultaron específicamente la opinión del niño, así como, las repercusiones que tendría una u otra decisión sobre el bienestar y la garantía de los derechos de éste.

²³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-090 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

²³² Ibid.

²³³ Ibid.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ Ibid.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Ibid.

5. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Otro de los principios generales de la protección especial de la niñez es el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.²³⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Convención: «Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida»²³⁹ y en consecuencia «garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño».²⁴⁰ Para cumplir esta obligación respecto de la primera infancia, el CDN ha advertido a los Estados de la imperiosa necesidad de adoptar todas las medidas que se requieran para: (i) mejorar la atención perinatal, mediante esquemas adecuados para madres gestantes y lactantes;²⁴¹ (ii) reducir y prevenir la mortalidad infantil y en la niñez;²⁴² y (iii) desarrollar condiciones que procuren el bienestar de todos los niños y niñas durante su primera infancia que es un período esencial dentro del desarrollo de los seres humanos.²⁴³

De acuerdo con el CDN, entre los factores de riesgo que afectan en mayor medida el goce del derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo se encuentra: (i) la malnutrición, y (ii) las enfermedades prevenibles. Por esta razón, es indispensable que todas las partes corresponsables de la realización de los derechos de la primera infancia se articulen a fin de proteger su salud y bienestar psicosocial.²⁴⁴ Son varias las causas que amenazan la protección de la salud y el bienestar en la primera infancia. El CDN resalta que, entre las más relevantes, se encuentran: la pobreza y las condiciones adversas, la negligencia de las personas que tienen a su cuidado las niñas y los niños, así como las limitadas oportunidades de atención para el desarrollo y la realización personal.²⁴⁵

Para hacer frente a estos fenómenos, el CDN advierte la importancia que los Estados y demás actores corresponsables, adelanten acciones específicas para proteger la salud y la nutrición adecuadas.²⁴⁶ Asimismo, es necesario que se provean los recursos necesarios para procurar un nivel adecuado de vida, así como entornos saludables y seguros.²⁴⁷ También es determinante que se preste debidamente el servicio educativo y que se estimule el juego entre la primera infancia.²⁴⁸ Para el logro de este propósito se debe ofrecer a las familias el apoyo y acompañamiento requerido. Se deben proveer servicios públicos con alcance universal en salud, educación, por los cuales se promueva unan estilos de vida saludables que permitan prevenir enfermedades.²⁴⁹

En adición a lo anterior, la Corte Constitucional ha insistido que este principio no se limita a la garantía de la subsistencia, sino que comprende necesariamente la materialización de unas condiciones que permitan el desarrollo integral de la persona. Este criterio se ha apoyado en lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha resaltado que: «todo niño tiene derecho a adelantar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece».²⁵⁰ Para asegurar que este proyecto se pueda concretar, niñas y niños en su primera infancia requieren además de la garantía de la vida y el mayor nivel de salud, una educación que promueva el reconocimiento de la individualidad y el ejercicio de la libertad.²⁵¹

²³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C- 569 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo

²³⁹ Convención de los Derechos del Niño (1989), Artículo 6

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág.5

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Ibid.

²⁴⁵ Ibid.

²⁴⁶ Ibid.

²⁴⁷ Ibid.

²⁴⁸ Ibid.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 191.

²⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 569 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo

Caso

En 2007 la Corte Constitucional decidió un caso en el que ocupó un lugar predominante la materialización del principio de la vida la supervivencia y el desarrollo.²⁵² Un niño menor de siete (7) años que tenía una malformación congénita en sus orejas y por este motivo era sujeto de constantes burlas por parte de estudiantes y adultos en la institución educativa en la que se encontraba matriculado, así como de las personas que habitaban en su barrio.²⁵³ Las constantes agresiones que soportaba lo llevaron a aislarse y a deprimirse. Por esta razón, fue valorado por un psiquiatra que determinó que el niño presentaba serias afectaciones a su salud emocional, y que para tratar el problema recomendaba considerar la realización de una cirugía (otoplastia bilateral). La madre del niño solicitó a la Empresa Promotora de Salud (EPS) que le practicara la cirugía con el ánimo de aliviar la presión a la que se encontraba sometido su hijo. La EPS se negó a practicar la cirugía porque, según indicó, se trataba de un procedimiento meramente estético debido a que el niño no presentaba ningún problema de audición. Además, señaló que este tipo de intervenciones no se encontraban amparadas por el Plan Obligatorio de Salud (POS).²⁵⁴

Ante la negativa de la EPS, la madre del niño presentó acción de tutela con el propósito de que se le practicara la cirugía para amparar sus derechos fundamentales. Sin embargo, el juez de instancia negó la tutela por tratarse de una cirugía estética que no guardaba ninguna relación con la funcionalidad de los oídos del niño. Indicó que la intervención no resolvía ningún problema de salud.²⁵⁵

La Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión y determinó que el derecho a la salud comprendía el bienestar emocional del niño.²⁵⁶ Adicionalmente, indicó que además de la protección de la vida, el niño tenía derecho a que le protegiera su adecuada supervivencia y desarrollo emocional, intelectual, espiritual y social.²⁵⁷ Manifestó que «un niño capaz de tener una imagen positiva de sí mismo se relacionará de mejor manera con sus pares, con sus padres y con la sociedad que lo rodea. Sabrá enfrentar los obstáculos que la vida le ponga y podrá superarlos».²⁵⁸ Por lo anterior, revocó la sentencia del juez de instancia y ordenó a la EPS la práctica de la cirugía.²⁵⁹

6. Principio de participación

El artículo 12 de la Convención reconoce el derecho de niñas y niños a expresar libremente su opinión y a que ésta sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les puedan afectar.²⁶⁰ Esta disposición, que además recoge uno de los principios generales de la protección de la niñez y la adolescencia, se aplica sin distinción a esta población, esto comprende los de mayor edad, como también a la primera infancia.²⁶¹ Los niños y las niñas en su primera infancia son partícipes en la promoción, protección y supervisión de sus derechos.²⁶² Por consiguiente, se deben respetar sus opiniones y se deben tener en cuenta en el marco de la realización de sus derechos.²⁶³

Resulta frecuente que los adultos no reconozcan la primera infancia como partícipe activa de la familia, la comunidad y la sociedad, o que rechacen sus opiniones con fundamento en su edad e inmadurez.²⁶⁴ Esta concepción, según la cual la primera infancia es «poco desarrollada» y «carente de comprensión» lleva a la invisibilización de esta población como titular de derechos

²⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ Ibid.

²⁵⁵ Ibid.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ Ibid.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Convención de los Derechos del Niño (1989), Artículo 12

²⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág.7

²⁶² Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo

²⁶³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág.7

²⁶⁴ Ibid.

humanos y como agentes de su propia protección.²⁶⁵ Esta no es una amenaza menor al esfuerzo que se ha emprendido desde hace casi un siglo por reconocer a las niñas y a los niños como sujetos de derechos que merecen especial protección.

La primera infancia no es un conjunto de seres humanos inmaduros.²⁶⁶ Por el contrario, son miembros activos de sus familias, sus comunidades y la sociedad en la que habitan, a las cuales contribuyen con sus propias necesidades, intereses y opiniones.²⁶⁷ Como lo advierte el CDN «*los niños pequeños son extremadamente sensibles a su entorno y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad*».²⁶⁸

Por lo anterior, el CDN ha urgido a los Estados y a los demás actores corresponsables de la garantía de los derechos de la niñez, a reconocer a los niños y a las niñas en su primera infancia como agentes sociales desde que inician su existencia,²⁶⁹ y a respetar sus opiniones y sentimientos. Asimismo, ha urgido a todos los actores a desarrollar las siguientes acciones:

- i. Reconocer a la primera infancia como titular de derechos, esto es, con la libertad de expresar sus opiniones y el derecho a que sea tenida en cuenta en la adopción de decisiones y medidas que puedan afectarla.²⁷⁰
- ii. Promover activamente el derecho de esta población a expresar sus opiniones y sentimientos en la vida cotidiana en el hogar, la comunidad, en los centros donde recibe la prestación de los diferentes servicios públicos, así como en los procedimientos judiciales o administrativos en que sea parte. También en el desarrollo de políticas, y programas que puedan afectarla.²⁷¹
- iii. Promover la participación de padres y madres para fortalecer mecanismos mediante los cuales los niños y niñas ejercitan sus derechos en los diferentes entornos en los que se desenvuelven.²⁷²

En su jurisprudencia la Corte Constitucional ha reconocido y dado aplicación al principio de participación de la niñez y en particular de la primera infancia. Se destacan de manera especial casos de adopciones en los que se ha tenido especialmente en cuenta la opinión²⁷³ y los sentimientos de los niños, así como en el desarrollo de procedimientos médicos a niños y niñas.²⁷⁴

Caso

Los casos de personas que presentan hermafroditismo han sido especialmente relevantes en el desarrollo del principio de participación de la primera infancia y la niñez en las decisiones que les afectan. En 2002 la Corte Constitucional revisó el caso de una persona de siete (7) años que al momento de su nacimiento se le reconoció de sexo masculino.²⁷⁵ Sin embargo, a medida que fue madurando manifestó anomalías en su desarrollo que llevaron a que le practicaran exámenes que indicaron que presentaba «*pseudohermafroditismo femenino con virilización extrema*».²⁷⁶ Los médicos del Seguro Social que realizaron la valoración, recomendaron la práctica de exámenes adicionales para sugerir el tipo de intervención que se debía adelantar. No obstante, se negaron a practicarlos con fundamento en una sentencia de la Corte

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Ibid.

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág.8

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ Ibid.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T- 955 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

²⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 1025 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil

²⁷⁵ Ibid.

²⁷⁶ Ibid.

²⁶⁵ Ibid.

Constitucional.²⁷⁷

Por estas razones, la madre y el padre presentaron acción de tutela, con el propósito de que se realizara la cirugía necesaria para la asignación de sexo. El juez de instancia determinó que no existía un riesgo si no se practicaba la intervención. Adicionalmente señaló que dada la edad del infante, sus padres no podían decidir por éste, sino que requerían el consentimiento informado del infante.²⁷⁸

La Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión y reiteró la importancia que el infante y su familia recibieran información completa, orientación y asesoría en el proceso de toma de decisión de la práctica de la cirugía de asignación de sexo y en el suministro de los tratamientos hormonales indispensables.²⁷⁹ Para este propósito, advirtió la necesidad que un equipo interdisciplinario del Seguro Social realizará los exámenes, diagnósticos y evaluaciones necesarias para este proceso. Adicionalmente, indicó que una vez se haya prestado la asesoría correspondiente y el infante y sus padres se encuentren suficientemente informados de las consecuencias de la cirugía de asignación de sexo y del tratamiento que seguirá, se consulte al infante y a sus padres acerca de la decisión final adoptada.²⁸⁰

La Corte indicó que como el infante era mayor de cinco (5) años debía necesariamente ser consultado en el marco de la figura del consentimiento asistido coadyuvado para determinar si estaba de acuerdo con la intervención y el tratamiento. Al respecto, manifestó que *«sólo en esta medida se protege al menor en su autonomía y en la formación de su propia personalidad, alrededor de los conceptos de soberanía personal y autodeterminación»*.²⁸¹ De esta manera, si el infante y sus padres consentían con la cirugía y el tratamiento, estos se podían adelantar. No obstante, si la decisión del infante no coincidía con la de sus padres, o la del infante y sus padres no coincidía con la del equipo médico no podría realizarse la cirugía.²⁸²

Este caso tiene especial relevancia, debido a que la Corte materializó la aplicación del principio de participación de la primera infancia en la figura del consentimiento asistido coadyuvado, que a su vez brinda criterios para hacer efectiva la participación de las niñas y los niños en las decisiones que los afectan.

7. Principio de protección frente a riesgos prohibidos

En adición a los principios referidos en los numerales 3, 4, 5 y 6 anteriores, la Corte Constitucional ha mencionado uno más que, en su criterio, se diferencia de los principios generales orientados a la protección de la niñez, y por consiguiente debe ser resaltado.²⁸³ Es el principio de protección de la infancia y la adolescencia frente los riesgos prohibidos, que se deriva de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 44 de la Constitución Política²⁸⁴ que consagra que las niñas y los niños: *«serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos»*.²⁸⁵ A su turno, esta disposición constitucional tiene su origen en el artículo 19 de la Convención que obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para *«proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental,*

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² Ibid.

²⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-569 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo

²⁸⁴ Ibid.

²⁸⁵ Constitución Política de Colombia, Artículo 44, inciso primero, segunda frase.

mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».²⁸⁶

Este principio tiene especial relevancia en el marco general de protección de los derechos de la primera infancia, y ha motivado al menos dos (2) de las Observaciones Generales formuladas por el CDN. Por un lado, se encuentra la Observación General No. 8 sobre la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes,²⁸⁷ y por otro, está la Observación General No. 13 que trata sobre el derecho de las niñas y los niños a no ser objeto de ninguna forma de violencia.²⁸⁸

El CDN destacó en la Observación General No. 8 que los castigos corporales y otras formas de castigo crueles y degradantes son manifestaciones de violencia, que además se practican ampliamente en el mundo.²⁸⁹ Por esta razón, urgió a los Estados a actuar de manera rápida para eliminar cualquier norma que ampare toda forma de castigo corporal, así se considere «moderada»²⁹⁰, y, en su lugar prohibir de manera expresa todo tipo de castigo físico o humillante, porque es incompatible con la dignidad humana.²⁹¹ Asimismo, ha pedido a los Estados que implementen medidas de sensibilización adecuadas para lograr la eliminación del uso de estas formas de violencia en el hogar, en la escuela, así como en otros entornos en los que se desenvuelven niñas y niños.²⁹² Lo anterior, además de ser una obligación internacional que deben cumplir los Estados que han adherido a la Convención, también constituye una estrategia efectiva para reducir y prevenir la violencia en las sociedades.²⁹³

El CDN definió el castigo «corporal» o «físico» como «todo castigo en que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve».²⁹⁴ Adicionalmente, indicó que hay otras formas de castigo que sin ser «físicas», son de igual manera crueles y degradantes, como es el caso de los castigos «en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño».²⁹⁵ Tanto lo primero como lo segundo es incompatible con la Convención, porque viola la dignidad humana, la integridad física y la igual protección ante la ley que merecen los niños y las niñas.²⁹⁶ Por esta razón, aunque el CDN reconoce la función que cumplen los padres, madres, cuidadores y escuelas, entre otros, en la educación de la niñez y no se opone al concepto positivo de la disciplina; dejó claro que en ningún momento pueden implicar el uso de la violencia.²⁹⁷ Adicionalmente, indicó que las creencias religiosas no pueden ser invocadas para justificar este tipo de tratos. La libertad de culto encuentra un límite en el respeto de la dignidad humana.²⁹⁸ De otra parte, señaló que estas formas de castigo causan graves daños al desarrollo físico, psicológico y social de las niñas y los niños y exigen tratamientos adecuados y procedimientos orientados a la garantía de sus derechos.²⁹⁹ Por este motivo, pidió a los Estados que implementaran las acciones necesarias para restablecer los derechos de la niñez que ha sido víctima de este tipo de violencia.³⁰⁰

²⁸⁶ Convención de los Derechos del Niño (1989) Artículo 19, numeral 1.

²⁸⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), CRC/C/GC/8 de 21 de agosto de 2006 (español) disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-8-derecho-nino-proteccion-contra-castigos-corporales-castigo-crueles-degradantes-2006.pdf>

²⁸⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 (2011), CRC/C/GC/13 de 18 de abril de 2011 (español) disponible en: <https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-13-derecho-nino-no-ser-objeto-ninguna-forma-de-violencia-2011.pdf>

²⁸⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 3

²⁹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 13 En Colombia el artículo 162 del Código Civil la permitía.

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 3

²⁹³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 5

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 4

²⁹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 6

²⁹⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 10

²⁹⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 12

³⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 14

Posteriormente, el CDN abordó de manera más amplia el derecho de niñas y niños a no ser objeto de ninguna forma de violencia en la Observación General No. 13. Ahí, advirtió que la magnitud e intensidad de la violencia ejercida contra la niñez en el mundo es verdaderamente alarmante y por ello se deben implementar de manera urgente acciones encaminadas a su prevención y sanción.³⁰¹ Anotó que, si bien ha habido medidas relevantes implementadas por varios Estados, su aplicación es insuficiente debido a la falta de conocimientos, datos, presupuesto y comprensión sobre la violencia contra esta población.³⁰² Señaló que las estrategias y los sistemas de prevención y sanción de la violencia contra la niñez deben adoptar un enfoque basado en la garantía de derechos.³⁰³ También hizo énfasis en las secuelas de la violencia en el corto y el largo plazo y resaltó en particular las lesiones mortales y no mortales, los problemas de salud física, las dificultades de aprendizaje, los daños psicológicos y emocionales, los problemas de salud mental y los comportamientos perjudiciales para la salud.³⁰⁴

Aunque reconoció que la familia cumple un rol determinante en esta materia, también destacó que es el escenario en el que más se ejerce violencia contra la niñez.³⁰⁵ Por ello, resaltó la necesidad de adoptar medidas efectivas de fortalecimiento familiar, que ayuden a prevenir este tipo de conductas en la familia. También hizo énfasis en la necesidad de establecer procedimientos adecuados para la garantía de los derechos. Por último, es necesario mencionar que la Observación No. 13 abordó de manera sistemática las diferentes formas de violencia contra la niñez, así como los escenarios en las que se presenta, como es el caso de los entornos físicos, pero también de los entornos digitales.³⁰⁶ Esto le ha permitido a los Estados avanzar en el entendimiento acerca de la garantía de los derechos de esta población en estos entornos y las amenazas específicas a las que se enfrentan. Lo establecido en relación con los entornos digitales, vino a ser posteriormente complementado en la Observación General No. 25 relativa a los derechos en el entorno digital.

Al tiempo que el CDN ha visibilizado diferentes fenómenos de violencia contra esta población, la Corte Constitucional también ha desarrollado una línea de jurisprudencia acerca del deber de proteger a la niñez y la adolescencia frente a los denominados «*riesgos prohibidos*» y al respecto ha señalado que: «*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*».³⁰⁷

Esta manifestación ha sido el punto de partida para la protección de la niñez frente a riesgos prohibidos de diferente índole.

Caso

En 2011 la Corte Constitucional resolvió un caso en el que buscó la protección de una niña que había sido presuntamente víctima de actos sexuales abusivos por parte de su padre. A finales de 2007 la madre de la niña llevó a su hija a un hospital con el propósito de que le practicaran un chequeo médico debido a que estaba manifestando que le producía un fuerte ardor orinar.³⁰⁸ En la cita médica la niña informó que su padre la había tocado muy fuerte su vagina con su dedo y

³⁰¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 (2011), Pág. 3

³⁰² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 (2011), Pág. 7

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 (2011), Pág. 4

³⁰⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 13 (2011), Pág. 10

³⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T- 510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia T - 843 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

le había pegado muy fuerte en la pierna. Al cabo de esta revisión, la niña fue diagnosticada con «dos días de evolución de disuria» «síndrome de maltrato» y «leve eritema en la vulva».³⁰⁹ Dos días después, la niña volvió a ser valorada y los médicos tratantes indicaron que se trataba de un caso de violencia sexual. Adicionalmente, en una entrevista que le practicaron en el centro médico, la niña indicó que «no le gustaba ir a solas con el papá ya que le introduce el dedo en la vagina, presiona muy duro y luego le pega en la pierna».³¹⁰

Con fundamento en lo anterior, la madre presentó denuncia penal contra el padre ante la Fiscalía General de la Nación, y en el reparto le correspondió a la Fiscalía 234 Seccional de Bogotá especializada en la materia. Aunque algunas pruebas fueron practicadas, la madre le llamó la atención a la Fiscalía que su hija no había sido llamada a entrevista dentro de un término razonable, y que no pudo acceder a la copia del acta levantada en la entrevista. Posteriormente, la madre pidió a la Fiscalía que adoptara una medida de protección para evitar que el padre pudiera estar en contacto con la niña. Sin embargo, la Fiscalía no hizo nada respecto de esta solicitud. A medida que transcurrió el tiempo la madre de la niña expresó su inconformidad con las dilaciones del proceso y la inminente preclusión de la investigación. Por este motivo, y con el ánimo de amparar los derechos fundamentales de su hija presentó acción de tutela con el propósito de que se le amparara su dignidad y se le protegiera frente a cualquier tipo de violencia. Sin embargo, los jueces de instancia negaron el amparo solicitado e indicaron que no podían entrometerse en el ejercicio de las funciones de la Fiscalía General de la Nación. Además, señalaron que no advertían negligencia por parte del órgano acusador.

El asunto fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional que ordenó la práctica de pruebas adicionales. En su decisión el máximo tribunal de la jurisdicción constitucional resaltó que era función del Fiscal observar una serie de conductas para impulsar el caso, algunas de las cuales cobran especial relevancia cuando se encuentran involucrados niñas o niños. En el presente caso, indicó que no se habían respetado los estándares fijados por el derecho internacional y la jurisprudencia para la recolección de los elementos materiales probatorios. Adicionalmente, indicó que se había presentado una dilación injustificada en la adopción de la medida de protección solicitada por la madre y en la decisión de fondo respecto del caso. El incumplimiento de estas obligaciones llevaba a profundizar la vulneración de los derechos de la niña a la dignidad, al debido proceso y a ser protegida contra toda forma de violencia. Por este motivo ordenó revocar las decisiones de los jueces de instancia y le ordenó a la Fiscalía adelantar la investigación con la debida diligencia y celeridad. También le ordenó a la Fiscalía General de la Nación adoptar mecanismos que garanticen que las investigaciones que realice con ocasión de presuntas agresiones sexuales contra niñas, niños y adolescentes sean adelantadas con celeridad y prioridad, y por funcionarios capacitados para entender las necesidades especiales de las niñas, los niños y las mujeres en el proceso penal.³¹¹ Esta decisión tiene especial relevancia dentro de la protección de la niñez frente a riesgos prohibidos, porque resalta la imperiosa necesidad de que los procedimientos orientados a proteger derechos de niñas y niños víctimas de violencia, en este caso de violencia sexual, reciban una atención prioritaria y oportuna que permita hacer efectivos sus derechos.

³⁰⁹ Ibid.

³¹⁰ Ibid.

³¹¹ Ibid.

IV. Derechos

1. Vida e integridad personal

El derecho a la vida se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Por su parte, el derecho a la vida de la población menor de dieciocho (18) años, aunque se promueve en el Declaración de Ginebra de 1924 y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, se establece de forma expresa por primera vez en la Convención que refiere de manera categórica en el artículo 6.1. que los Estados «reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida». Anteriormente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) había sido reconocido de forma negativa en el artículo 6.5 que dice que «no se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas menos de 18 años de edad, ni se la aplicará a las mujeres en estado de gravidez». Esta disposición ha tenido especial relevancia en la abolición de la aplicación de la pena capital de menores de edad en algunos países, entre los cuales sobresale Estados Unidos de América.

La realización del derecho a la vida digna comprende deberes de carácter negativo, así como prestaciones efectivas por parte de la familia, el Estado y la sociedad en favor de las niñas y los niños. Estas prestaciones tienen características particulares en relación con la niñez y adolescencia en condición de discapacidad, a la que se debe ofrecer cuidado, educación y atención adaptada a sus necesidades. Asimismo, con la primera infancia que demanda el acceso a atención adecuada a la evolución de sus facultades que posibilite no solo su supervivencia, sino su continuo desarrollo hasta alcanzar el máximo de sus capacidades.

El derecho a la vida comprende la protección integral de la niñez de forma que pueda alcanzar un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y social según lo establece el artículo 27 de la Convención. Los padres y madres tienen la responsabilidad primordial de proporcionar a sus hijas e hijos, de acuerdo con sus capacidades, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo. Sin embargo, debido a que existen múltiples factores que pueden impedirle o dificultarle a los padres y madres asegurarle a sus hijos e hijas un nivel de vida adecuado, es deber del Estado adoptar las medidas necesarias y prestar los servicios requeridos para dar efectividad a este derecho. Esto puede comprender asistencia necesaria en nutrición, vestuario y vivienda, según se requiera.

El mejoramiento del nivel de vida de la población infantil es una de las pretensiones de la Convención. Con ello se busca ampliar el espectro del ejercicio de las libertades de niñas y niños, y prepararlos para una vida independiente. Este propósito exige la protección necesaria tanto antes de nacer como después del nacimiento de niñas y niños. De ahí que la asistencia a la madre gestante y a los niños y niñas en su primera infancia revista la mayor importancia dado el efecto acumulativo en las etapas posteriores de la vida.

312 Convención de los Derechos del Niño (1989) Artículo 19, numeral 1.

313 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) numeral 6.5

314 Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (2005) *Roper v. Simmons*

315 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005)

316 *Ibid.*

317 *Ibid.*

318 *Ibid.*

319 Convención de los Derechos del Niño (1989) Artículo 27

320 *Ibid.*

En Colombia el artículo 11 de la Constitución Política que marca el comienzo de la Carta de Derechos establece que: «el derecho a la vida es inviolable» y que «no habrá pena de muerte».³²¹ Asimismo, el artículo 44 que refiere los derechos fundamentales de los niños y niñas inicia con el reconocimiento del derecho a la vida y a la integridad física. Por su parte, el artículo 17 del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra el «derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente».³²² La garantía de este derecho es determinante para el desarrollo integral del ser humano y como indica la norma «supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano».³²³ Dadas las específicas condiciones que se deben ofrecer a las niñas y niños en su primera infancia para asegurar la protección del derecho a la vida, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece la obligación para que el Estado desarrolle las políticas públicas para el fortalecimiento de la atención a la primera infancia. Por su parte la Comisión Intersectorial para la Atención Integral de la Primera Infancia (CIPI) ha hecho especial énfasis que dentro de las atenciones para asegurar la protección del derecho a la vida e integridad personal están las consultas prenatales a las madres gestantes para realizar un debido seguimiento.³²⁴ Asimismo, también se encuentra la atención general en salud de niñas y niños que será referida en el punto específico del derecho a la salud.³²⁵

Frente a la garantía del derecho a la vida de la primera infancia, el CDN ha reiterado la necesidad de adoptar medidas para mejorar la atención perinatal, para reducir la mortalidad infantil y para fomentar condiciones de bienestar. Para lograr este propósito ha hecho énfasis en la necesidad de combatir la desnutrición y las enfermedades prevenibles.³²⁶ Actualmente, a millones de niñas y niños en el mundo no se les garantiza este derecho, debido a las condiciones de pobreza en las que habitan.³²⁷ De acuerdo con el CDN la pobreza afecta el bienestar y la autoestima de las niñas y los niños y disminuye las oportunidades de desarrollo.³²⁸ Asimismo, la pobreza absoluta amenaza la supervivencia y la calidad de vida básica.³²⁹ Por este motivo, insta a los Estados a implementar estrategias para reducir la pobreza y poner en marcha programas de asistencia a la primera infancia que procuren el goce del derecho a la vida y demás derechos conexos.³³⁰ Adicionalmente, es indispensable que se beneficien de la prestaciones de la seguridad social.³³¹

Caso

A continuación, se referirá un caso que trata sobre la protección del derecho a la vida y a la integridad personal de la madre gestante y del niño en su primera infancia frente a riesgos prohibidos.

En el municipio de Manizales, departamento de Caldas una adolescente que había padecido abandono por parte de su madre y violencia sexual por parte de su padrastro fue puesta bajo el cuidado de un hogar sustituto del ICBF. En ese lugar conoció a un adolescente con el que sostuvo una relación sentimental. La pareja en algunas oportunidades se evadió del cuidado del hogar sustituto y tuvo una vida en la calle, desarrollando actividades delictivas y consumiendo sustancias psicoactivas.³³²

321 Constitución Política de Colombia, Artículo 11

322 Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) Artículo 17

323 Ibid.

324 Manual Operativo: Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia, CIPI Versión 3, agosto de 2022

325 Ibid.

326 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005)

327 Ibid.

328 Ibid.

329 Ibid.

330 Ibid.

331 Ibid.

332 Corte Constitucional T- 468 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera

En una oportunidad, la adolescente regresó por su propia cuenta al hogar sustituto, luego de haberse evadido por casi cuatro (4) meses, y el adolescente regresó por ella. Junto con un grupo de jóvenes, con armas de fuego, se llevó a la adolescente para que, juntos, retomaran la vida de calle y las actividades delictivas que desarrollaban. Durante este período la adolescente quedó embarazada y encontró dificultades durante la gestación debido a la precariedad de las condiciones en que vivía y los riesgos a los que se encontraba expuesta por las actividades que desarrollaba.³³³

Luego del parto regresó al hogar sustituto para recibir el apoyo requerido durante los primeros meses de la lactancia. Sin embargo, como el niño había enfrentado dificultades durante el parto, requería servicios de asistencia especiales. Estos servicios fueron provistos en una nueva institución a la cual intentó acceder de manera violenta el adolescente padre del niño que quería llevarse a su pareja y a su hijo para retomar la vida que llevaban. Por este motivo, el ICBF impulsó la actuación administrativa para procurarle al niño una atención especializada, para lo cual fue necesario separarlo de su madre durante la lactancia, mientras se determinaba cómo se podía proteger de la mejor forma a la adolescente y a su hijo. Mientras tanto, el adolescente padre del niño al tiempo que continuaba amenazando con llevarse a la adolescente, enfrentaba procesos penales por los delitos de secuestro simple (contra la adolescente), incendio y homicidio.³³⁴

Luego de que se ordenara la entrega del niño al ICBF, una Procuradora Delegada de Familia en calidad de agente de la adolescente presentó acción de tutela con el fin de que se amparara el derecho del niño a no ser separado de su madre. Los jueces de primera y de segunda instancia negaron el amparo porque consideraron que la medida dispuesta por el ICBF era proporcional y necesaria para proteger al niño en su primera infancia.³³⁵

El asunto fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional, que advirtió que tanto la madre adolescente como su hijo son sujetos de especial protección y por consiguiente las medidas que se tomen deben garantizar la protección de ambos. Asimismo, señaló que aun cuando la medida dispuesta por el ICBF había afectado el derecho del niño a estar con su madre y a recibir la lactancia, era proporcionada porque existían motivos suficientes para considerar que el derecho a la vida y a la integridad del niño se encontraban bajo amenaza debido a las conductas previas del padre y de la madre. Adicionalmente, al observar la medida establecida por el ICBF observó que era temporal y que estaría acompañada de un acompañamiento a la adolescente para el adecuado ejercicio de la maternidad y la consiguiente reunificación con su hijo. Por este motivo, confirmó las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.³³⁶

2. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad de las niñas y los niños se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.³³⁷ Sin embargo, la Convención establece con precisión algunas de las obligaciones que deben cumplir los Estados a fin de garantizarlo. Por una parte, el artículo 7 de este instrumento, establece que «[e]l niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos».³³⁸ De otro lado, el artículo 8 de la Convención consagra la obligación de los

³³³ Ibid.

³³⁴ Ibid.

³³⁵ Ibid.

³³⁶ Ibid.

³³⁷ Se observa en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

³³⁸ Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 7

Estados a «respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas»³³⁹ y en caso de ser privado ilegalmente de algunos o todos los elementos de su identidad, es deber de los Estados «prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad».³⁴⁰

El reconocimiento de este derecho fundamental, que es determinante en el ejercicio de otros derechos, se encuentra en el artículo 44 de la Constitución Política que 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».³⁴¹ Esta disposición resalta las especificidades del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica³⁴² en la primera infancia.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia desarrolla en el artículo 25 algunas de las características de este derecho y los deberes que impone sobre el Estado y la familia específicamente. Dice que «las niñas, los niños y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y la filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento en el registro del estado civil».³⁴³ Ésta constituye una de las atenciones específicas de la primera infancia priorizadas por la CIPI.³⁴⁴ Adicionalmente, la norma anteriormente referida, indica que esta población tiene el derecho «a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia».³⁴⁵

De acuerdo con lo anterior, el derecho a la identidad se garantiza cuando se reconoce la individualidad de una niña o un niño. Esto implica que además de reconocerlo como persona y titular de los derechos que esta calidad le confiere, se le destaca y valora como un miembro particular de la sociedad con características que lo hacen único.³⁴⁶ Entre las características que se le deben reconocer se encuentran los denominados «atributos de la personalidad» por la doctrina civil, que son: el nombre, el domicilio, el estado civil, el patrimonio, la nacionalidad y la capacidad. Respecto del estado civil, la Corte Constitucional ha expresado que «el hecho que el menor tenga certeza de quien es su progenitor constituye un principio de orden público y hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica».³⁴⁷ Por consiguiente, la filiación es un rasgo distintivo de la persona, y en caso de que no se pueda determinar, es deber del Estado procurar los medios para poder identificarla.

Para materializar este derecho, se establece el deber en cabeza de la familia, específicamente de la madre y el padre de inscribir al infante inmediatamente después de su nacimiento en registro del estado civil. El cumplimiento de este requisito permite que el Estado reconozca a la niña o al niño como individuo único al que se le deben garantizar sus derechos prevalentes. El registro permite la identificación del infante, lo que le posibilita el acceso a servicios públicos como la salud, la educación, la atención integral, entre otros. Por este motivo, cuando un niño o una niña no es registrado inmediatamente después de su nacimiento, se le está privando de la posibilidad de ser reconocido como persona a la que se le deben garantizar derechos, y también se le está impidiendo el acceso a los servicios requeridos para hacer efectivos los derechos.

339 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 8

340 Ibid.

341 Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 44

342 Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 14 - Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

343 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 25

344 Manual Operativo: Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia, CIPI Versión 3, agosto de 2022

345 Ibid.

346 Corte Constitucional, Sentencia T-979 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño

347 Ibid.

Junto con el reconocimiento de la personalidad jurídica, la identidad también comprende el derecho a preservar la lengua de origen, la cultura y la idiosincrasia.³⁴⁸ Estos elementos deben ser tenidos en cuenta en el desarrollo de las políticas públicas y en la prestación de los servicios a esta población, a fin de que no se impongan convenciones que provoquen un desarraigo de la cultura y las tradiciones. En este punto se destaca la importancia que el servicio educativo utilice la lengua de origen de los niños y las niñas. Por su parte la Corte Constitucional ha señalado que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica «implica el repudio de ideologías devaluadoras de la personalidad, que lo reduzcan a la simple condición de cosa». Advierte que este derecho «es una formulación política básica, que promueve la libertad de la persona humana; y que proscribire toda manifestación racista o totalitaria frente a la libertad del hombre».³⁴⁹

Caso

La protección del derecho a la identidad de la primera infancia es un asunto de especial importancia. Por este motivo, la Corte Constitucional ha seleccionado para revisión diferentes casos relacionados con la identidad y la filiación de niñas y niños con el propósito de orientar la garantía de sus derechos. Entre los casos revisados, se destaca uno presentado en el municipio de Plato en el departamento de Magdalena.³⁵⁰ Ahí, una mujer se acercó con su «hijo»³⁵¹ a la Notaría a fin de registrarlo, pero no acreditó los requisitos establecidos en la norma para adelantar este trámite, que son, el certificado expedido por el médico o enfermera que asistieron en el parto, o la declaración juramentada de dos testigos. La Notaría del municipio de Plato negó el registro del niño debido a que la señora no acreditó los requisitos establecidos y porque además incurrió en contradicciones cuando le preguntaron dónde había nacido el niño. La señora presentó acción de tutela en contra de la Notaría, debido la negativa de registro de niño llevaba a la violación del derecho a la personalidad jurídica, así como a la salud dado que requería una intervención específica.³⁵²

El juez de instancia negó el amparo porque, en su criterio, no se constató la vulneración de los derechos fundamentales invocados. Indicó que la señora debía cumplir con los requisitos establecidos en la norma y que no podía invocar la protección del derecho a la salud para hacer caso omiso al cumplimiento de las exigencias legales para el registro. Por otra parte, dadas las inconsistencias en el relato acerca del nacimiento del niño, informó del caso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y a la Comisaria de Familia para que adelantaran las averiguaciones correspondientes para proteger al niño.³⁵³

Posteriormente, la Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión y resaltó que la acción de tutela era procedente en este caso, porque se debate la garantía de derechos fundamentales de la primera infancia y no existen otros mecanismos de defensa judicial. Por otra parte, al revisar las pruebas, observó que, para la fecha el niño ya había sido inscrito en el registro civil. Esto ocurrió meses después del fallo de primera instancia. El niño fue inscrito en el municipio de Córdoba, Bolívar, por un señor que se presentó como su padre. Por esta razón, la Corte determinó que había carencia de objeto porque el niño ya se encontraba registrado. No obstante, al mismo tiempo indicó que los intentos de la señora por registrar al niño fueron reiterados en distintos municipios y con diferentes personas que la acompañaron.

348 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 25

349 Corte Constitucional, Sentencia T-485 de 1992 M.P. Fabio Morón Díaz

350 Corte Constitucional, Sentencia T-719 de 2017 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

351 Ibid. Se resalta porque nunca hubo certeza si el niño era realmente su hijo o no.

352 Ibid.

353 Ibid.

Adicionalmente, anotó que le causaba sospecha que no hubiera sido posible contactarla durante el trámite de revisión de la acción de tutela para realizar verificaciones de rigor orientadas a la protección de los derechos del niño.³⁵⁴

Por esta razón, le solicitó al ICBF que impulsara el proceso de restablecimiento de derechos y adelantara todas las gestiones para promover los procesos de investigación de maternidad y paternidad del niño. Adicionalmente, pidió que pusiera en conocimiento de las autoridades competentes todas las irregularidades que pudiera detectar.³⁵⁵

Este pronunciamiento, además de resaltar la procedibilidad de la tutela para amparar el derecho a la identidad, deja claro la función permanente de protección que deben cumplir los jueces para asegurar la garantía de los derechos de la primera infancia.

3. Buen trato

La Ley 2089 de 2021 introdujo un nuevo artículo al Capítulo II del Código de la Infancia y la Adolescencia en el que hace explícito el derecho al buen trato. Esta disposición establece que «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al buen trato, a recibir orientación, educación, cuidado y disciplina, por medio de métodos no violentos. Este derecho comprende la protección de su integridad física, psíquica y emocional, en el contexto de los derechos de los padres o de quien ejerza la patria potestad o persona encargada de su cuidado; de criarlos y educarlos en sus valores, creencias».³⁵⁶ Adicionalmente, la norma indica que «en ningún caso serán admitidos los castigos físicos como forma de corrección ni disciplina».³⁵⁷ Aunque no refiere de forma específica la prohibición de las demás conductas, que a pesar de no ser castigo físico, constituyen tratos crueles, humillantes o degradantes, otros de los artículos de la referida ley sí lo hacen.

La Ley 2089 de 2021 pretendía avanzar en la protección de la infancia y la adolescencia mediante la consagración de la prohibición expresa del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia como método de corrección contra niñas, niños, niños y adolescentes. Anteriormente, el artículo 262 del Código Civil conforme fue modificado por Decreto 2820 de 1974³⁵⁸ determinaba que «los padres o la persona encargada del cuidado personal de los hijos, tendrán la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente».³⁵⁹ Aunque esta disposición fue revisada en 1994 por la Corte Constitucional y fue declarada exequible³⁶⁰, en el entendido que se entenderá excluida toda forma de violencia física o moral de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política, perduraba aún la idea de que el castigo físico y otros tratos degradantes, no eran necesariamente violencia. En otras palabras, que no existía claridad que se encontraba proscrito el castigo físico y degradante.

Esto suscitó que un movimiento importante en favor de la niñez y la adolescencia impulsara la aprobación de la Ley 2089 de 2021, que además de las prohibiciones expresas de las conductas constitutivas de violencia, establece una estrategia nacional para erradicar el castigo físico y los tratos crueles humillantes y degradantes.³⁶¹ Sin embargo, en el trámite de aprobación de la norma hubo expresiones de preocupación porque el proyecto llevaría a la aplicación de medidas administrativas que separarían a muchos niños y niñas de sus familias, dado el amplio uso de

³⁵⁴ Ibid.

³⁵⁵ Ibid.

³⁵⁶ Ley 2089 de 2021 Artículo 4

³⁵⁷ Ibid.

³⁵⁸ Anteriormente el Artículo 262 del Código Civil establecía: «El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos, y cuando esto no alcanzare, podrá imponerles la pena de detención, hasta por un mes, en un establecimiento correccional. Bastará al efecto la demanda del padre, y el juez en virtud de ella, expedía la orden de arresto. Pero si el hijo hubiere cumplido los dieciséis años, no ordenará el juez el arresto, sino después de calificar los motivos, y podrá extenderlo hasta por seis meses a lo más. El padre podrá, a su arbitrio, hacer cesar el arresto».

³⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

³⁶⁰ Ibid.

³⁶¹ Declaración de la Alianza por la Niñez Colombiana, disponible en: <https://alianzaporlaninez.org.co/colombia-sin-violencia-palmadas-gritos-ni-pelliczos-en-contra-de-la-ninez-y-la-adolescencia/>

estos castigos. Por este motivo, en el curso del trámite legislativo se incorporaron referencias que establecían, por un lado, que la aplicación de estos castigos físicos y humillantes no eran casual de pérdida de la custodia, de la patria potestad o de emancipación, siempre y cuando no fueran reiterativas o afectaran la salud física, y por otro, que el castigo físico constituía una acción de crianza, orientación o educación.³⁶²

Estas disposiciones, que fueron incorporadas para lograr la aprobación de la Ley 2089 de 2021, fueron luego demandadas y declaradas inexecutable por la Corte Constitucional.³⁶³ De acuerdo con este órgano judicial, estas referencias quebrantan los principios de interés superior y protección especial de la niñez y la adolescencia, la prohibición de todo tipo de violencia, la dignidad y la integridad de esta población, porque desmejoraban la efectividad de las medidas establecidas en la normativa para la protección de los derechos, al tiempo que legitiman cierta tolerancia al maltrato.³⁶⁴

Por este motivo, a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de los apartes referidos, se ha despejado toda duda acerca la proscripción de toda forma de castigo físico, así como tratos humillantes y degradantes. Esto tiene especial relevancia dentro del propósito de erradicar toda forma de violencia contra la niñez y la adolescencia. No obstante, además de la prohibición legal, es indispensable que se implemente debidamente la Estrategia Nacional Pedagógica y de Prevención del Castigo Físico, Tratos Cruelles, Humillantes o Degradantes lanzada por el Gobierno Nacional en diciembre de 2021, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 2089 de 2021.³⁶⁵ Esta estrategia pretende transformar las creencias y comportamientos han llevado a normalizar el uso de la violencia contra la niñez en Colombia a partir de acciones pedagógicas que promuevan la crianza y la educación basadas en el amor y el respeto.

El reconocimiento del derecho al buen trato como un derecho de la niñez encuentra su origen en el artículo 19 de la Convención que establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para «proteger al niños contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo».³⁶⁶ Para hacer efectiva esta disposición la Convención ordena adoptar los procedimientos necesarios para proteger y reestablecer los derechos de la niñez.³⁶⁷ Pero además de establecer esta norma, la Convención también establece en el numeral 2 del artículo 28 que las instituciones educativas deberán proteger a la niñez y la adolescencia y en consecuencia las medidas de disciplina escolar deberán ser compatibles con la dignidad humana.³⁶⁸ El Código de la Infancia y la Adolescencia impone esta misma obligación sobre las instituciones educativas en el artículo 43.³⁶⁹

De otro lado, como se refirió al revisar el principio de protección frente a riesgos prohibidos, el CDN fue enfático en la Observación General No. 8 que tanto el castigo físico como otras formas de castigo, que, sin ser físicas, son crueles y degradantes, son incompatibles con la Convención, porque violan la dignidad humana, la integridad física y la igual protección ante la ley que merecen los niños y las niñas.³⁷⁰ Al respecto, el CDN indicó que así, como es claro que los castigos corporales violan la dignidad humana y no se deben aplicar como sanciones a ningún adulto, de la misma manera tampoco se pueden imponer sobre niñas, niños y adolescentes, que además

362 Ley 2089 de 2021 artículos 1 y 2

363 Corte Constitucional, Sentencia C-066 de 2022 M.P. Alejandro Linares Cantillo

364 Ibid.

365 La Estrategia fue lanzada el 15 de diciembre de 2021 por el Gobierno Nacional

366 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 19

367 Ibid.

368 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 28 numeral 2

369 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 43 establece: Las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar. Para tal efecto, deberán: (...) 2. Proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores (...)

370 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 5

371 Ibid.

son titulares de una protección especial.³⁷¹ La prohibición de este tipo de prácticas no se opone a que las familias, las instituciones educativas y demás entidades de cuidado de esta población, puedan aplicar medidas de disciplina positiva que contribuyan al adecuado desarrollo de niñas y niños.³⁷²

Caso

El derecho al buen trato constituye un desarrollo del principio de protección de la niñez contra los riesgos prohibidos. Por este motivo, aunque recientemente se ha incorporado en la legislación colombiana como un derecho específico de la niñez y la adolescencia, ha habido decisiones que han ordenado su protección. Algunas de ellas se refieren específicamente al castigo físico, mientras que otras han buscado la protección de la niñez víctima de otras formas de violencia dentro del hogar. A continuación, se presenta un caso de 2022 en el que la Corte Constitucional además de proteger al infante le comunicó su decisión en un lenguaje cercano y afectuoso.³⁷³

Un niño menor de ocho años fue víctima de violencia sexual por parte de su padre. Los hechos fueron reportados a las autoridades. Al padre se le impuso una medida de aseguramiento mientras que se adelantaba el proceso penal y el niño fue sujeto de protección en un proceso administrativo de restablecimiento de derechos. En el proceso se determinó que la abuela del niño asumiría su cuidado y protección, asimismo se restringió el acercamiento del padre y se le ordenó a éste pagar una cuota alimentaria en favor de su hijo de doscientos cincuenta mil pesos (\$250.000). Sin embargo, la abuela que sobrevivía de una actividad informal de venta de arepas manifestó que no contaba con los recursos suficientes para cubrir todas las necesidades del menor. Además, como el padre se encontraba privado de la libertad no percibía ingresos que le permitieran pagar la cuota alimentaria fijada. Por esa razón, inició unas averiguaciones acerca del pago de una pensión de sobrevivientes que se había causado luego de que la madre del niño falleciera en un accidente vial. Específicamente, elevó una petición a la aseguradora para averiguar las condiciones del amparo, debido a que había verificado que el padre recibía esta pensión en su cuenta. Adicionalmente, pidió que la cuota que correspondía al niño se consignara en la cuenta de la abuela para que ella pudiera sufragar las necesidades de su nieto.³⁷⁴

Debido a que la aseguradora no respondió la petición, una agente oficiosa presentó una acción de tutela.³⁷⁵ El juez de primera instancia amparó el derecho de petición, pero indicó que el reconocimiento de la pensión a favor del niño y el giro a la cuenta de la abuela lo debía decidir un juez laboral. La sentencia fue impugnada por la agente oficiosa, que señaló que se reunían los requisitos para que el reconocimiento de la pensión se hiciera mediante tutela. Sin embargo, el juez de segunda instancia no acogió los argumentos presentados y confirmó la decisión del juez de primera instancia.³⁷⁶

La Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión y corroboró que los derechos fundamentales del niño se estaban vulnerando debido a que no contaba con los recursos necesarios para su digna supervivencia. Por esta razón, le ordenó a la aseguradora que consignara el pago de la mesada pensional en la cuenta de abuela para que ella pudiera cubrir todas las necesidades del niño. Adicionalmente, le ordenó a la Comisaría de Familia que había

³⁷¹ Ibid.

³⁷² Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8 (2006), Pág. 6

³⁷³ Corte Constitucional, Sentencia T-262 de 2022 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

³⁷⁴ Ibid.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid.

adelantado el trámite de restablecimiento de derechos que iniciara directamente o por intermedio de la Defensoría de Familia el procedimiento declarativo de pérdida de patria potestad. También, le ordenó al ICBF que hiciera seguimiento al caso para asegurar que se protegieran los derechos del niño.³⁷⁷

En su decisión la Corte destacó la imperiosa necesidad de proteger los derechos del niño. Asimismo, concluyó que la aseguradora había vulnerado los derechos del niño al haberse negado a cambiar la cuenta de pago de la mesada pensional en la cuenta de la abuela. Sin embargo, el elemento más significativo de esta sentencia tiene que ver con la síntesis de la decisión que la Corte hizo directamente al niño.³⁷⁸ A continuación, se transcribe ésta en su totalidad:

Apreciado FSC: la Corte Constitucional está conformada por un grupo de personas, conocidas como jueces, que tienen entre sus tareas proteger los derechos de las niñas y los niños, como tú.

Hemos conocido tu situación. Sabemos que vives con tu abuelita y tu abuelito, a quienes quieres mucho. Sabemos también de las situaciones que viviste con tu papá y que probablemente eso te hizo sentir incomodo, triste y molesto.

Después tuvimos conocimiento de que, aunque tu mamá no está contigo, ella te dejó un dinero para que puedas estudiar, comer, jugar y divertirte. También nos enteramos de que no estabas recibiendo ese dinero. Por eso, los jueces tomamos algunas decisiones para proteger tus derechos.

Uno de los muchos derechos con los que cuentas es recibir y disfrutar el dinero que te dejó tu mamá. Por eso, tu abuela recibirá cada mes en su cuenta del banco tu dinero y te ayudará a administrarlo hasta que cumplas 18 años. Tu abuela se encargará de utilizar tu dinero para que puedas estudiar en el colegio y, si tú lo deseas, también en la universidad. Con ese dinero y con la ayuda de tu abuela, podrás comprar tus uniformes para el Colegio y tu ropa. Tu abuela también te ayudará a que con ese dinero puedas comer, jugar y divertirte.

Hemos dicho que está bien que vivas con las personas que te cuidan en este momento (tu abuela y tu abuelo). Otro juez estará muy pendiente de decidir si puedes volver a ver a tu papá. Ese juez, a quien podrás conocer cuando quieras, estará preocupado por ti y tratará de hacer todo para que estés mucho mejor.

No te preocupes, nadie te obligará a ver a tu papá. Solo si tú lo deseas. Y puedes estar tranquilo porque, en cualquier momento, podrás decirle al juez, a tus abuelos o a la comisaria lo que quieres y lo que no quieres.

Recuerda que para nosotros es muy importante lo que sientes, tus preocupaciones, tus miedos y tus intereses. Por eso, nunca olvides que, en todo momento y lugar, puedes exigir respeto de todos: de tu padre, de tus abuelos, de tus profesores y de quienes te cuidan. No pueden hacerte daño y tienen que hacer todo para que puedas ser feliz.

La comisaria, a quien ya conoces, te acompañará y estará pendiente de ti y de lo que necesites. Por

³⁷⁷ Ibid.
³⁷⁸ Ibid.

último, otro juez hará todo lo que sea necesario para que nuestras decisiones se cumplan. Él debe garantizar la protección de tus derechos.

¡Gracias por tu valentía! Al conocer tu caso nos dimos cuenta de que muchos niños y niñas pueden estar pasando por lo mismo que tú. Por eso, le pedimos a la empresa que debe pagar tu dinero que haga todo lo necesario por proteger a todos los niños y las niñas y no les impida disfrutar de su dinero.

379

Aunque esta decisión no aborda específicamente el castigo físico ni humillante, sí reviste una gran importancia en adopción de medidas específicas que protejan a los niños frente a toda forma de violencia. Asimismo, marca un hito en la simplificación del lenguaje y en la comunicación directa con la niñez para que conozca las decisiones que le conciernen y pueda participar activamente en la defensa de sus derechos.

4. Protección integral

La Convención establece en el numeral segundo del artículo 3 que «los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas». ³⁸⁰ Esta protección debe ser integral y permanente frente a los factores de riesgo que puedan amenazar o afectar el bienestar y desarrollo de niñas y niños. Asimismo, debe considerar a los diferentes actores que concurren en la protección de la primera infancia. Específicamente, debe tener en cuenta los deberes de madres, padres y cuidadores. Sin embargo, también debe prever que el hogar también puede ser un escenario de violación de los derechos de la primera infancia, por lo cual resulta necesario establecer procedimientos y autoridades con las capacidades suficientes para intervenir en favor de la protección integral de esta población. ³⁸¹

En congruencia con lo dispuesto en la Convención, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece en el artículo 18 el derecho a la protección integral, en los siguientes términos: «Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario». ³⁸² Esta disposición precisa el alcance del derecho a la protección integral y sienta claridad sobre algunos de los eventos que llevan a su vulneración. Específicamente advierte que la protección integral no se limita a la protección de la vida, sino de todas las condiciones necesarias para asegurar una vida de calidad. Adicionalmente visibiliza situaciones puntuales que afectan la integridad de niñas y de niños como es el caso del maltrato infantil que define como: «toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona». ³⁸³ Si se observa, la protección integral de la primera infancia constituye un desarrollo del principio de protección contra los riesgos prohibidos. Adicionalmente, resulta determinante en la garantía de una vida de calidad.

379 Ibid.

380 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 3

381 Ibid.

382 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 18

383 Ibid.

Por esta razón y considerando las diferentes situaciones que amenazan la vida y bienestar de las niñas y niños, el Código de la Infancia y la Adolescencia establece con claridad algunas referencias que conviene resaltar en orden a prevenir su ocurrencia y hacerlas cesar en caso de que se presenten. Éstas son: «1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención; 2. La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad. 3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización; 4. La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad; 5. El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre; 6. Las guerras y los conflictos armados internos; 7. El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley; 8. La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria; 9. La situación de vida en calle de los niños y las niñas; 10. Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin; 11. El desplazamiento forzado; 12. El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación; 13. Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT; 14. El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición durante la gestación a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida; 15. Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia; 16. Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren; 17. Las minas antipersonales; 18. La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual; 19. Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos». ³⁸⁴

Como se puede observar, varias de las situaciones listadas se encuentran específicamente referidas en instrumentos de protección de derechos humanos. Otras por su parte guardan relación estrecha con la protección de diferentes derechos de la primera infancia. Sin embargo, frente a todos estos eventos existen deberes de todos los actores corresponsables de la garantía de los derechos de la primera infancia, de adoptar medidas apropiadas para prevenirlos así como para hacerlos cesar, asegurando el debido restablecimiento de los derechos de niñas y niños.

Caso

La protección integral de la primera infancia ha ocupado la atención de la Corte Constitucional en diferentes oportunidades. A continuación, se referirá un caso en el que el alto tribunal revocó una decisión de un juez de instancia precisamente porque no advirtió debidamente la violación de derechos fundamentales de niños y niñas, entre ellos la protección integral. En 2017, el abuelo de una niña de siete (7) años presentó acción de tutela contra una institución educativa oficial en

384 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 20

Ibagué y contra la Secretaría de Educación de este municipio con el propósito de proteger la integridad de su nieta y de sus compañeros frente a una situación que estaba vulnerando sus derechos.³⁸⁵ En efecto, la docente que tenía a su cargo el curso de la estudiante agredía constantemente de manera verbal a alumnos, padres de familia y al personal de la institución educativa.³⁸⁶ En oportunidades sacaba del salón y mandaba a la calle a algunos estudiantes. Asimismo, amenazaba a estudiantes y a docentes si llegaban a reportar cualquier situación. También presentaba problemas crónicos pulmonares y de control de esfínteres, que afectaban su desempeño como docente y provocaban malestar entre sus estudiantes y la comunidad educativa.³⁸⁷

En respuesta a la acción presentada, la institución educativa reconoció la conducta irregular de la docente e informó que la había puesto en conocimiento de la Secretaría de Educación de Ibagué. Por otro lado, esta última se opuso a la pretensión del abuelo de la niña porque manifestó que ya se encontraba adelantando las gestiones para que la docente recibiera el apoyo necesario en salud. Finalmente, la docente indicó que padecía una serie de enfermedades crónicas, pero que se encontraba en tratamiento y que contaba con todas las capacidades para desempeñar su labor como lo había hecho durante los últimos veintisiete (27) años.³⁸⁸

El juzgado de instancia que decidió el caso determinó que la docente era sujeto de especial protección constitucional debido a que padecía una enfermedad pulmonar crónica y por consiguiente no era posible adoptar una decisión que afectara su situación laboral. El caso fue posteriormente seleccionado para revisión por la Corte Constitucional. Al tiempo que el alto tribunal recababa pruebas sobre la situación presentada, estableció como medida cautelar la separación de la docente del ejercicio de funciones que supusieran contacto con estudiantes. Lo anterior, a fin de proteger la integridad y demás derechos de los niños y niñas que se encontraban bajo su cuidado. Al revisar la decisión adoptada por el juez de instancia, indicó que había descuidado por completo la consideración primordial de los derechos de los niños y niñas y la necesidad de garantizar una efectiva protección integral. Por consiguiente, revocó la decisión y previno al juzgado de instancia y a la Secretaría de Educación de Ibagué de volver a incurrir en estas conductas que vulneraran los derechos de la primera infancia. Sin embargo, declaró que se había superado el hecho, por cuando la docente se había pensionado mientras se adelantaba el proceso judicial.³⁸⁹

5. A la familia y a no ser apartado de ella

La Convención reconoce en su Preámbulo a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de la niñez.³⁹⁰ Por esta razón, promueve la protección de la institución familiar para que pueda cumplir adecuadamente sus responsabilidades dentro de la sociedad.³⁹¹ Advierte que las niñas y los niños deben crecer dentro de la familia, en un ambiente de amor, de felicidad y de comprensión, para lograr el pleno desarrollo de su personalidad.³⁹²

Adicionalmente, establece en el artículo 5, que los Estados respetarán las responsabilidades que ejercen, los derechos y los deberes de madres, padres, miembros de la familia ampliada, e incluso de la comunidad, según corresponda con la costumbre local, en el proceso de formación

385 Corte Constitucional T-731 de 2017 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

386 Ibid.

387 Ibid.

388 Ibid.

389 Ibid.

390 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Preámbulo

391 Ibid.

392 Ibid.

y orientación de las niñas y los niños de acuerdo con la evolución de sus facultades.³⁹³ Este proceso deberá basarse en el reconocimiento de la autonomía de las niñas y los niños y deberá estar dirigido a procurarles el ejercicio de su libertad.³⁹⁴

Por otra parte, el artículo 18 de la Convención consagra la responsabilidad primordial de los padres y las madres en la crianza de la niñez, así como el deber del Estado de ofrecer la asistencia necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones.³⁹⁵ Esto impone a los Estados el deber de proveer los servicios públicos de cuidado necesarios a los hijos de los padres y madres que se encuentren laborando y no puedan hacerse directamente cargo de sus hijos.³⁹⁶ También, la Convención señala que los Estados deberán adelantar sus mejores esfuerzos para lograr el reconocimiento del principio de igualdad de derechos y obligaciones en la crianza y el desarrollo del infante.³⁹⁷ Lo anterior, resulta decisivo para alcanzar una atención adecuada de esta población y evitar que ideas acerca de los roles de género puedan limitar la debida atención de las niñas y los niños.

Asimismo, el entorno familiar goza de especial protección por parte del Estado y no podrá ser objeto de injerencias indebidas ni arbitrarias, ni de ataques ilegales contra su honra y su reputación, conforme lo señala el artículo 16 de la Convención.³⁹⁸ Esta protección de la privacidad resulta esencial para el adecuado desarrollo de cada uno de los integrantes de la familia y en particular de la niñez.³⁹⁹

El derecho de las niñas y los niños a vivir en su hogar con sus padres y madres se debe garantizar en atención a la importancia de la institución familiar en el desarrollo de esta población, al estrecho vínculo que forman con sus progenitores, y al grave impacto que puede aparejar la separación de la familia.⁴⁰⁰ Además se debe considerar que este derecho a su turno permite la garantía de otros derechos como los alimentos, la protección integral, la salud, la educación, por nombrar tan solo algunos. Sin embargo, como lo establecen los artículos 9 y 19 de la Convención, hay eventos en los cuales resulta congruente con su interés superior que la niña o el niño sean separados de su familia. Esto puede ocurrir en eventos de maltrato, abandono u otros tipos de violencia.⁴⁰¹ De otro lado, cuando los padres y madres viven separados, corresponde a los Estados tomar una decisión sobre la custodia y el domicilio del infante, en aras de proteger debidamente sus derechos.⁴⁰² En todos los procedimientos que se relacionen con las anteriores decisiones se deberán oír a todas las personas interesadas, al tiempo que se dará especial consideración a la opinión del niño o la niña.⁴⁰³ Por otra parte, es deber de los Estados permitir que los niños o las niñas que hayan sido separadas de sus padres o madres puedan establecer contacto directo con éstos de modo regular, salvo cuando esta acción esté en contravía de su interés superior.⁴⁰⁴

De igual manera, para garantizar el derecho a permanecer con la familia y a no ser separados de ésta, el artículo 10 de la Convención consagra la reunificación familiar.⁴⁰⁵ Puntualmente, señala el derecho de las niñas y los niños, de sus padres y sus madres a salir de cualquier Estado y entrar en el propio para efectos de lograr la reunificación familiar. Por otra parte, cuando los padres o madres residan en Estados diferentes, los niños y las niñas tendrán el derecho a mantener relaciones personales y contactos directos con padres y madres. Este derecho solamente podrá ser limitado en circunstancias excepcionales que impidan el traslado.⁴⁰⁶

393 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 5

394 Ibid.

395 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 18

396 Ibid.

397 Ibid.

398 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 16

399 Ibid.

400 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 9

401 Ibid.

402 Ibid.

403 Ibid.

404 Ibid.

405 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 10

406 Ibid.

Cuando se hayan establecido medidas de protección que priven a los niños y las niñas de su medio familiar, el Estado deberá brindar la protección y asistencia especial en las modalidades que se establezcan en las normas.⁴⁰⁷ Adicionalmente, deberá velar porque las niñas y los niños puedan continuar su proceso de desarrollo sin mayores alteraciones que afecten su bienestar y su salud. Una de las medidas de protección reconocidas por la Convención en el artículo 21 es la adopción. Ésta solamente se aplicará en los Estados que la permitan y procederá cuando se reúnan todas las garantías y autorizaciones de las autoridades competentes.⁴⁰⁸ En el trámite de la adopción, así como en todos los que involucren la protección de la infancia, se deberá dar consideración primordial a su interés superior.⁴⁰⁹

Colombia ha establecido normas para cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención. En primer lugar, la Constitución Política reconoce y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.⁴¹⁰ Asimismo, establece el derecho fundamental de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella.⁴¹¹ Por otra parte, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra que: «Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella». ⁴¹² Adicionalmente, indica que: «Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación». ⁴¹³

Cuando ocurran hechos que amenacen o vulneren los derechos de la niñez, se deberá activar el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos que tendrá como objetivo principal garantizar los derechos del niño o la niña.⁴¹⁴ En desarrollo de estos procedimientos administrativos, las autoridades competentes valorarán las condiciones especiales del infante y podrán determinar las medidas de restablecimiento de derechos que correspondan según la gravedad de la amenaza o vulneración de derechos. Específicamente, el artículo 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia señala que la autoridad competente podrá imponer una o varias medidas dentro de las cuales se encuentran: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a curso pedagógico, (ii) el retiro de la actividad que provoque la amenaza o la vulneración y la ubicación en un programa de atención especializado para el restablecimiento del derecho, (iii) la ubicación en un medio familiar, (iv) la adopción, (v) las que se consagren en otras normas o cualquiera que garantice la protección integral del niño o la niña.⁴¹⁵ Por consiguiente, se reconoce el derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados, pero al mismo tiempo se establece la posibilidad de separación cuando ocurran eventos de amenaza o vulneración de derechos. En todos los casos en que se adopten medidas de restablecimiento de derechos que supongan separación de la familia, el Estado deberá asegurar la debida protección y atención a fin de que no se afecte la garantía de los derechos de las niñas y los niños.

Caso

La protección del derecho de las niñas y los niños a tener una familia y a no ser separados de ella ha sido objeto de diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional. Algunos de estos han abordado casos de padres y madres que se encuentran privados de la libertad y son trasladados a otros centros de reclusión ⁴¹⁶, otros se relacionan con procesos de adopción. ⁴¹⁷ No obstante,

407 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 20

408 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 21

409 *Ibid.*

410 Constitución Política de Colombia, Artículos 5 y 42

411 Constitución Política de Colombia, Artículo 44

412 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 22

413 *Ibid.*

414 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 51

415 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 53

416 Ver. Corte Constitucional, Sentencias T-566 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-374 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-153 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo

417 Ver. Corte Constitucional, Sentencia 510 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

en este documento se analizará un caso revisado en 2010.⁴¹⁸ Un integrante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) recibió la orden de ser trasladado del municipio de Villeta, departamento de Cundinamarca al municipio de Istmina en el departamento de Chocó. Él tenía una unión marital de hecho y además se hacía cargo de su compañera que había sufrido un accidente laboral, así como del hijo de ella que habitaba en su hogar y padecía de cáncer. Por esta razón, le pidió al INPEC que no hiciera efectivo el traslado porque afectaba el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo, el INPEC no accedió a la solicitud formulada, y él presentó acción de tutela para amparar los derechos del niño.⁴¹⁹

Los jueces de primera y de segunda instancia negaron el amparo solicitado. El de primera incluso advirtió que la acción era temeraria⁴²⁰ porque su compañera ya había presentado una tutela para lograr este amparo. La razón fundamental por la cual se denegó la protección invocada era porque el demandante no era el padre biológico del niño.⁴²¹ La Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión y advirtió que, aunque el INPEC tenía la facultad de trasladar el demandante, ésta prerrogativa estaba sujeta a ciertos límites. Específicamente anotó que la situación familiar debía ser considerada. En el caso específico, el alto tribunal indicó que efectivamente el demandante conformaba una familia con su compañera permanente y el hijo de ella, de quienes se hacía cargo. Observó además que, aunque no era el padre biológico del niño, se hacía cargo de éste, debido a que el padre biológico no cumplía su obligación de alimentos. Por estas razones y considerando, el derecho fundamental del niño de no ser separado de su familia, entre otras razones, porque ésta le garantiza la protección de sus derechos fundamentales, la Corte revocó los fallos de los jueces de instancia y en su lugar le ordenó al INPEC que suspendiera el traslado del demandante para proteger los derechos fundamentales del niño.⁴²² También le advirtió al demandante que debía presentar acción de nulidad contra la resolución del traslado dentro de los siguientes cuatro (4) meses.⁴²³

En su análisis la Corte señaló que «la protección otorgada a la familia no sólo proviene de vínculos consanguíneos, sino que el Constituyente ha otorgado una protección constitucional a la familia que proviene de la unión libre entre compañeros permanentes, y la ha ubicado en un pie de igualdad respecto de la familia que se constituye a partir del matrimonio». ⁴²⁴ Esta decisión cobra especial relevancia en la protección del derecho de la niñez a tener una familia y a no ser separado de ella.

6. Custodia y cuidado

El artículo 5 de la Convención dice que es obligación de los Estados respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres y las madres, de la familia ampliada o de la comunidad, según corresponda con la costumbre local, consistentes en brindar a niños y niñas la orientación apropiada para el ejercicio de sus derechos.⁴²⁵ Por su parte, el artículo 7 reconoce el derecho de los niños y las niñas a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.⁴²⁶ Asimismo, el artículo 18 establece que es responsabilidad primordial de los padres y las madres la crianza de las niñas y los niños y que los Estados deberán brindar la asistencia necesaria para el adecuado desempeño de sus funciones.⁴²⁷ De otro lado, el artículo 9 refiere el derecho de las niñas y los niños a no ser separados de sus padres, excepto cuando la separación sea necesaria

418 Corte Constitucional, Sentencia T-751 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
419 Ibid.

420 De acuerdo con la Corte Constitucional se entiende que una acción de tutela es temeraria cuando: “desconoce el principio de buena fe, en tanto la persona asume una actitud indebida para satisfacer intereses individuales a toda costa y que expresa un abuso del derecho cuando deliberadamente y sin razón alguna se instaura nuevamente una acción de tutela”. Generalmente se utiliza este término para denotar un uso indebido de la acción de tutela, o para referir la presentación de tutelas simultáneas o sucesivas sobre un mismo asunto.

421 Ibid.

422 Ibid.

423 Ibid. Aunque la sentencia suspendió los efectos del acto administrativo, advirtió que los efectos de la sentencia cesarían dentro de los siguientes meses por lo cual era indispensable que el demandante presentara acción de nulidad contra el acto administrativo de traslado.

424 Ibid.

425 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 5

426 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 7

427 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 18

para proteger el interés superior del infante, como ocurre por ejemplo en los casos de maltrato o negligencia, o cuando los padres se encuentran separados y debe tomarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño o la niña.⁴²⁸

Estas disposiciones delimitan el alcance del derecho de las niñas y los niños de permanecer por regla general bajo la custodia y el cuidado de sus padres y madres, debido a que ellos son los primeros encargados de su crianza y orientación. También señalan que hay circunstancias excepcionales en las que los infantes pueden ser separados de sus padres o madres para salvaguardar su interés superior. Sin embargo, reconocen que se debe garantizar el derecho a que reciban el cuidado y la protección necesarias para lograr su adecuado desarrollo.

En Colombia el artículo 5 de la Constitución Política ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Asimismo, establece que padres y madres tienen el derecho de decidir libre y responsablemente el número de hijos, y que deberán sostenerlos y educarlos.⁴²⁹ Adicionalmente, el artículo 44, que consagra los derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia, refiere el derecho de esta población a tener una familia y a no ser separada de ella, así como la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al infante para garantizar su desarrollo armónico e integral que le permita gozar de todos sus derechos.⁴³⁰ De otro lado, el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra que las niñas y los niños tienen derecho a que sus padres asuman de manera directa y oportuna su custodia para asegurar su desarrollo integral. De igual manera, menciona que esta obligación se extiende a las personas que convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, así como a sus representantes legales, cuando sean distintos de sus padres y madres.⁴³¹

Como lo ha expresado el ICBF, la custodia y el cuidado personal constituyen un derecho de la niñez y una obligación de los padres y madres o representantes legales que se «traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el hijo, en el educando, en el incapaz de obrar y auto regular en forma independiente su comportamiento».⁴³² La custodia comprende los deberes de cuidado de las niñas y niños, y corresponde por ley a los padres. Ésta no puede delegarse debido a que se origina en la relación especial que tienen padres y madres con sus hijas e hijos.⁴³³ Sin embargo, existen eventos en los cuales la autoridad tiene la competencia para asignar el cuidado de los hijos o las hijas a uno de los padres o madres, o al pariente más próximo según le convenga al niño o niña. Esto puede ocurrir en los casos de divorcio, nulidad del matrimonio, separación de cuerpos, suspensión de la patria potestad, entre otros.⁴³⁴

La custodia y el cuidado personal de los niños y las niñas además de ser un derecho en sí mismo, es también condición necesaria para la garantía de otros derechos fundamentales como la educación, la salud, la nutrición, entre otros. Por otra parte, para procurar la debida protección del derecho a la custodia y cuidado, es necesario diferenciarla de la patria potestad que es una institución a la que suele estar estrechamente ligada. Mientras que la custodia involucra el cuidado permanente, esto es, estar con el niño o niña para acompañarlo en su proceso según el grado de evolución de sus facultades, la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley les reconoce a padres y madres sobre sus hijos e hijas menores de dieciocho (18) años para

428 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 9

429 Constitución Política de Colombia, Artículo 5

430 Constitución Política de Colombia, Artículo 44

431 Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), Artículo 23

432 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), Concepto No. 10 de 2015

433 Ibid.

434 Ibid.

facilitarles el cumplimiento de sus deberes. Puntualmente, la patria potestad les confiere a los padres la posibilidad de representar legalmente a sus hijos y administrar sus bienes. Deber ser ejercida conjuntamente por los padres y madres, y a falta de uno, la ejercerá otro.⁴³⁵

Aunque las normas no establecen las especificidades sobre la garantía del derecho a la custodia y cuidado de las niñas y los niños en su primera infancia, el CDN ha señalado en su Observación No. 7 que «los niños pequeños tienen necesidades específicas de cuidados físicos, atención emocional y orientación cuidadosa, así como lo que se refiere a tiempo espacio para el juego, la exploración y el aprendizaje sociales».⁴³⁶ Estas necesidades varían en la medida en que evolucionan sus facultades, y por ello es tan importante que el cuidado se adecúe a estas necesidades. Si bien los padres y madres deben procurar un cuidado adecuado al grado de desarrollo de sus hijos e hijas, el Estado debe proveer el apoyo requerido para fortalecer las competencias y para brindar el apoyo que sea necesario. Asimismo, en los eventos de violencia o de separación de los padres y madres debe adoptar las medidas de manera oportuna para lograr que el cuidado del infante se siga garantizando mientras se deciden de fondo las controversias específicas.

Caso

En 2018, la Corte Constitucional decidió un caso relacionado con la custodia de un niño y una niña cuyos padres se habían divorciado y se estaban disputando la custodia. En esta decisión resaltó las características del derecho a tener una familia y a no ser separado de esta. Asimismo, abordó el derecho de la población infantil a la custodia y al cuidado personal, y mencionó la posibilidad que tienen los padres de suscribir acuerdos de custodia compartida.⁴³⁷

En el municipio de Cúcuta, departamento de Norte de Santander, un hombre y una mujer conformaron una unión marital de hecho en 2009 y convivieron durante tres (3) años. Durante este período nacieron una niña y un niño. Cuando la pareja se separó, la madre se trasladó a Bogotá D.C. con sus hijos en 2012 y el padre inició un proceso para demandar la custodia y cuidado personal de sus hijos. Sin embargo, en 2013 un Juzgado en Bogotá negó las pretensiones del padre y le confió la custodia de la niña y el niño a la madre. Posteriormente, la madre se trasladó con sus hijos a Cúcuta con el propósito de que sus hijos pudieran tener una buena relación y contacto con el padre y sus abuelos maternos. En 2014, el padre volvió a presentar una demanda para obtener la custodia y el cuidado de sus hijos. El Juzgado se la concedió con la condición de que, en el término de dos meses, contará con un sitio propio para vivir que garantizara un ambiente adecuado, sin la intervención de terceras personas, en el que pudiera brindar orientación y educación a sus hijos.⁴³⁸

Según la madre, la condición establecida por el Juzgado para entregarle la custodia de sus hijos al padre fue incumplida, por lo que ella presentó una nueva demanda para lograr la su custodia y cuidado en 2015. En el trámite de este proceso se practicaron algunas pruebas entre ellas una visita por parte de una trabajadora social al hogar del padre y una valoración psicológica del padre, la madre y los hijos por parte de un psicólogo del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.⁴³⁹

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005)

⁴³⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-384 de 2018 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

⁴³⁸ Ibid.

⁴³⁹ Ibid.

Según la trabajadora social «ambos padres son garantes de los derechos de sus hijos y les proveen condiciones similares en su cuidado y calidad de vida. Sin embargo, la madre es más abierta para facilitar que estos compartan libremente tiempo con su padre, aspecto en el que este es mucho más estricto. [La madre] proyectó dedicarles más tiempo a sus hijos y ser menos dependiente de los cuidados por parte de los abuelos».

Por su parte, el dictamen forense indicó que la madre «es apta para ejercer la autoridad e impartir disciplina, afrontar conflictos de modo asertivo y hay buena prospección suya y de sus hijos». ⁴⁴⁰ De otra parte, indicó que el padre «tiene una supervisión y control inadecuado como padre, lo que genera una sobreprotección paterna y presiones impropias sobre los niños, sumado a que cuenta con regular apoyo familiar y muestra dificultades para ejercer la autoridad e impartir disciplina a sus hijos». ⁴⁴¹ También indicó que «la niña S.I. tiene un vínculo afectivo con su padre y su madre que no es sano por ambivalente, además que existe una alianza entre el padre y los abuelos maternos para dañar la imagen de la madre, lo que causa ansiedad en la menor que se manifiesta con rebeldía y negativismo». ⁴⁴²

A pesar de lo que indicaban las pruebas practicadas el Juzgado resolvió conceder la custodia entre el lunes y el viernes a mediodía al padre, así como el último fin de semana de cada mes. Por su parte, la madre tendría a sus hijos desde el viernes al mediodía hasta el lunes en la mañana, así como los días festivos. Adicionalmente, estableció una cuota alimentaria que debía ser asumida por el padre y la madre en porciones iguales.

Debido a que la sentencia del Juzgado incurría en varios defectos y no se podía apelar, la madre presentó acción de tutela contra el Juzgado. El juez de primera instancia concedió la tutela y amparó el derecho al debido proceso de la madre. Sin embargo, el juez de segunda instancia revocó la decisión del juez de primera instancia y le concedió plena validez a la sentencia del Juzgado que establecía el régimen de custodia y alimentos anteriormente referido.

El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional. En su revisión hizo especial énfasis en la necesidad de velar por el interés superior del niño y de la niña en cualquier decisión que se tomara respecto de su custodia y cuidado. Asimismo, concluyó que en el presente caso la sentencia del Juzgado había incurrido en múltiples defectos, entre ellos, no haber valorado debidamente las pruebas que se practicaron. Por este motivo, revocó la sentencia del Juzgado y ordenó que se tomara una nueva decisión luego de adelantar debidamente el procedimiento y valorar las pruebas practicadas.

En la adopción de la nueva decisión la Corte resaltó que se debía tener en cuenta valorar de manera objetiva la situación para conceder la custodia a quien esté en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño y la niña. ⁴⁴³ También, refirió que en cada caso se deben analizar las circunstancias y condiciones en las que se encuentran el niño y la niña para determinar si el otorgamiento de la custodia a uno de sus padres puede resultar en una modificación desventajosa para ellos. ⁴⁴⁴ Por otro lado, resaltó que se debe oír la opinión de la niña y del niño siempre que sea libre y espontánea para tomar una decisión. ⁴⁴⁵ Adicionalmente, advirtió que las aspiraciones y pretensiones de quienes demandan la custodia de la niña y el niño deben ceder ante el interés superior de los niños a tener una

⁴⁴⁰ Ibid.
⁴⁴¹ Ibid.
⁴⁴² Ibid.
⁴⁴³ Ibid.
⁴⁴⁴ Ibid.
⁴⁴⁵ Ibid.

familia y a no ser separados de ella.⁴⁴⁶ Asimismo, la Corte resaltó la posibilidad que tienen el padre y la madre de celebrar acuerdos para compartir la custodia del niño y de la niña.⁴⁴⁷

7. Alimentos

El artículo 27 de la Convención señala que los Estados reconocen el derecho de niños y niñas a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Asimismo, establece que a los padres y madres o a las personas que estén encargadas de ellos les corresponde la responsabilidad primordial de asegurar las condiciones necesarias para su desarrollo, dentro del marco de sus posibilidades.⁴⁴⁸ También consagra que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para ayudar a los padres y madres a garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo de sus hijas e hijos, mediante programas de apoyo que podrán comprender nutrición, vestuario, vivienda, entre otros.⁴⁴⁹ De otra parte, establece que los Estados deberán tomar las medidas necesarias para asegurar el pago de las pensiones alimenticias por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera sobre las niñas y los niños. Todas las anteriores disposiciones delimitan el alcance de las obligaciones internacionales que deben cumplir los Estados para la garantía del derecho de los niños y las niñas a recibir alimentos adecuados para asegurar su supervivencia y adecuado desarrollo.⁴⁵⁰

En el caso específico de Colombia, el artículo 24 del Código de la Infancia y la Adolescencia determina que las niñas y los niños tienen derecho a los alimentos, así como a los demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social. Asimismo, define los alimentos como: «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes».⁴⁵¹ También señala que comprenden «la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto».⁴⁵² La obligación de padres, madres u otros cuidadores de brindar alimentos a los infantes se encuentra consagrada de manera implícita en el artículo 42 de la Constitución Política que establece la igualdad entre los hijos.⁴⁵³ También guarda estrecha relación con el derecho de los niños y las niñas a tener una familia, así como con el reconocimiento de la familia como institución básica de la sociedad.

Las especificidades acerca de cómo se debe cumplir la obligación alimentaria se encuentran definidas en las normas civiles y de procedimiento. Específicamente, el Código Civil dispone que los alimentos se deben, entre otros, a los descendientes. Adicionalmente, establece que a éstos se deben alimentos congruos, estos son, los que «habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social».⁴⁵⁴

Cuando se presenten disputas relacionadas con la garantía del derecho de los niños y las niñas a recibir alimentos, el juez podrá ordenar medidas provisionales para que se den alimentos, mientras se decide el litigio.⁴⁵⁵ Esta orden procederá siempre que la solicitud se encuentre debidamente fundamentada.⁴⁵⁶ Al respecto, es necesario tener presente que la tasación de los alimentos deberá tener en cuenta las facultades económicas y circunstancias domésticas de la persona o de las personas que deban alimentos a los niños y las niñas, así como las variaciones

446 Ibid.

447 Ibid.

448 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 27

449 Ibid.

450 Ibid.

451 Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), Artículo 24

452 Ibid.

453 Constitución Política de Colombia, Artículo 42

454 Ley 57 de 1887 (Código Civil) Artículo 413

455 Corte Constitucional, Sentencia C-156 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett

456 Ibid.

que puedan experimentar a lo largo del tiempo.⁴⁵⁷ El cambio de las circunstancias que determinaron la tasación de la obligación alimentaria puede motivar una revisión y ajuste de ésta.

De otro lado, el pago de la cuota alimentaria deberá hacerse por mensualidades anticipadas y no se podrá pedir la devolución en caso de fallecimiento del niño o la niña.⁴⁵⁸ Esta obligación dura toda la infancia, la adolescencia y se puede extender hasta los veinticinco (25) años según lo ha expresado la Corte Constitucional.⁴⁵⁹ Sin embargo, cuando la persona a la que se deben alimentos presenta alguna condición que le impida procurárselos de manera independiente, la obligación alimentaria continuará. Este es un derecho irrenunciable e inenajenable que se debe garantizar de manera efectiva a todos los niños y niñas.⁴⁶⁰

Adicionalmente, es preciso anotar que la obligación alimentaria no se circunscribe exclusivamente a padres, madres y otros cuidadores, sino que el Estado también está obligado a adelantar las acciones necesarias para garantizar el acceso de niñas, niños y adolescentes a todas las prestaciones requeridas para lograr su adecuado desarrollo físico, psicológico e intelectual.⁴⁶¹ El cumplimiento de esta obligación supone la implementación de planes y programas adecuados para procurar que ningún niño o niñas, en razón de la condición económica, social o cualquier otra, se prive de recibir las prestaciones necesarias para su adecuado desarrollo. Lo anterior, guarda estrecha relación con la vigencia del principio de la vida, supervivencia y desarrollo de la primera infancia.

Caso

Aunque la Corte Constitucional ha revisado varios casos relacionados con el cumplimiento de la obligación alimentaria, a continuación, se referirá una decisión reciente relacionada con una nueva medida que se ha adoptado para lograr el pago de alimentos por parte de las personas que tienen la responsabilidad legal de hacerlo.

En 2021 el Congreso de la República aprobó una Ley Estatutaria para crear el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (Redam). Esta norma, conforme fue aprobada por el Congreso de la República, establecía que cuando una persona obligada al pago de alimentos se encontrara en mora de tres (3) cuotas alimentarias, sucesivas o no, el acreedor⁴⁶² podía solicitar al juez que hubiera ordenado el pago de alimentos o a la autoridad administrativa frente a la cual se hubiera celebrado el acuerdo de conciliación sobre alimentos, que registre al deudor en el Redam.⁴⁶³ El juez o la autoridad administrativa le informaría sobre esta solicitud al deudor de alimentos para que se pronunciara. Si el deudor demostraba que había pagado la totalidad de la obligación alimentaria el juez o la autoridad administrativa negaría la solicitud de registro. Sin embargo, si no acreditaba el pago, el juez o autoridad administrativa impartiría una orden para que el deudor de alimentos fuera inscrito en el Redam dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Una vez el deudor pagara su obligación alimentaria podía solicitarle al juez o a la autoridad administrativa que ordenara la cancelación de la inscripción en el Redam. Sin embargo, si se trataba de una segunda inscripción el deudor permanecería tres (3) meses, y cuando se tratara de una tercera inscripción el deudor permanecería seis (6) meses.⁴⁶⁴

457 Ibid.

458 Corte Constitucional, Sentencia T-285 de 2010 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

459 Ibid.

460 Ibid.

461 Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), Artículo 24

462 Corte Constitucional, Sentencia C-032 de 2021 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

463 Ibid.

464 Ibid.

Adicionalmente, la Ley Estatutaria aprobada por el Congreso indicaba que las personas que estuvieran inscritas en el Redam no podían contratar con el Estado, así como las personas jurídicas de las que los deudores fueran representantes legales. Adicionalmente, establecía que si el contrato se encontraba en ejecución constituía una causal para la terminación de este. También establecía que no podían posesionarse en cargos públicos incluyendo los de elección popular. Además, se establecía que en la enajenación de bienes sujetos a registro debía pagar junto con la tarifa de los derechos notariales, el monto de las cuotas alimentarias adeudadas para que el Notario lo depositara a orden de la autoridad que hubiera ordenado la inscripción en el Redam. Asimismo, en la obtención o renovación de créditos se debía exigir el certificado de inscripción en el Redam y en caso de que se aprobara el crédito, la entidad financiera debía depositar el pago a la orden de la autoridad que hubiera ordenado la inscripción en el Redam. Por otro lado, se prohibía salir del país y de adelantar trámites ante Migración Colombia. Se omitía la necesidad de solicitar permiso para salir del país al padre o madre morosos. Por último, se prohibía el acceso a subsidios estatales hasta que no se pusieran a paz y salvo.⁴⁶⁵

La Corte Constitucional revisó la constitucionalidad de la Ley Estatutaria tan pronto concluyó su trámite en el Congreso de la República y determinó que era posible establecer el Redam. Al respecto indicó que si bien por regla general las personas deben dar su autorización expresa para el uso de sus datos personales, también existe la posibilidad de que la ley lo ordene para satisfacer una finalidad que tenga especial relevancia constitucional. En el caso específico advirtió que el Redam persigue el cumplimiento de la obligación alimentaria que permite realizar «el interés superior de los NNA y la especial protección de las personas en situación de debilidad manifiesta –artículos 13 y 44 superiores-». Adicionalmente anotó que «la relevancia constitucional de la obligación alimentaria se refuerza cuando el alimentario es menor de edad, al punto que en relación con estos sujetos se trata de un derecho fundamental autónomo».⁴⁶⁶ Por este motivo, determinó que era constitucional la creación del Redam, así como el procedimiento de inscripción. Sin embargo, en lo que respecta a las consecuencias la Corte determinó que todas eran razonables y procedentes, excepto: (i) la terminación de los contratos públicos en caso de incurrir en mora; (ii) pagar directamente a la Notaría la cuota alimentaria para que ésta se encargue de hacer la consignación; (iii) obligar a la entidad financiera al pago de lo adeudado por concepto de alimentos; (iv) no recibir subsidios. Por este motivo, declaró inconstitucionales estas disposiciones específicas y determinó que la ley con las modificaciones introducidas podía ser sancionada y promulgada.

El 2 de julio de 2021 el Presidente de la República promulgó la Ley 2097 de 2021 por medio de la cual se crea el Redam. Esta norma marca un hito para avanzar en la garantía de este derecho de la niñez.

8. Educación

El artículo 28 de la Convención reconoce el derecho del niño a la educación y establece acciones que deben implementar los Estados para asegurar su adecuada prestación. Entre estas medidas, se encuentran: (i) implementar la educación primaria obligatoria y gratuita para toda la población infantil; (ii) fomentar la educación secundaria para lograr el acceso universal; (iii) promover el acceso universal a la educación superior, sobre la base de la capacidad; (iv) proveer

⁴⁶⁵ Ibid.
⁴⁶⁶ Ibid.

información y orientación sobre asuntos educativos y profesionales; y (v) adoptar medidas para lograr la permanencia y reducir de la deserción escolar.⁴⁶⁷ Por otra parte, el artículo 29 de la Convención define como objetivos de la educación los siguientes: (i) «desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades»; (ii) inculcar el respeto por los derechos humanos; (iii) inculcar el respeto por los padres, por la cultura idioma y valores nacionales, y los de otras naciones y civilizaciones; (iv) preparar para la vida en sociedad y promover la paz, la tolerancia y la igualdad; e (v) inculcar el respeto por el medio ambiente.⁴⁶⁸ Adicionalmente, el artículo 23 trata sobre el acceso a la educación por parte de la niñez con alguna condición de discapacidad,⁴⁶⁹ y el artículo 24 sobre el acceso a una educación pertinente en temas de salud.⁴⁷⁰

A partir de lo anterior, se puede observar que ninguna de las disposiciones de la Convención refiere de manera expresa la obligación de los Estados de prestar el servicio de educación inicial a niñas y niños en su primera infancia.⁴⁷¹ De hecho, la referencia a la educación preescolar que se incorporó en los trabajos preparatorios de la Convención fue eliminada. Actualmente, el único instrumento internacional que refiere de manera específica la prestación del servicio de educación preescolar es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.⁴⁷²

Por esta razón, han surgido interrogantes relacionados con la edad desde la cual se debe garantizar el derecho a la educación. Algunas interpretaciones llevaron a considerar que el derecho a la educación se debía procurar a partir de la básica primaria.⁴⁷³ Sin embargo, el CDN zanjó de manera definitiva esta discusión cuando advirtió en la Observación General No. 7 que interpretaba que «el derecho a la educación durante la primera infancia comienza en el nacimiento y está estrechamente vinculado al derecho del niño pequeño al máximo desarrollo posible».⁴⁷⁴ Esta interpretación parte del reconocimiento que «la “educación” es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad».⁴⁷⁵ Dicho proceso de acumulación de experiencias ocurre de manera ininterrumpida desde el nacimiento e involucra de manera activa a la familia, al Estado, así como a las entidades del sector privado que proveen servicios de educación a esta población.⁴⁷⁶

Es necesario anotar que esta interpretación la ha venido invocando el CDN de manera sistemática en las observaciones y recomendaciones hechas a los Estados en respuesta a los informes presentados en relación con el cumplimiento de la Convención. Ha sido constante el llamado a los Estados a implementar políticas y a apropiarse recursos para lograr la atención universal de la educación inicial. Por consiguiente, es posible sostener que esta interpretación se ha venido consolidando como el nuevo referente para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

La Constitución Política de Colombia al tiempo que reconoce la educación como un derecho fundamental de la niñez en el artículo 44, también dice 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» en el artículo 67.⁴⁷⁷ Estas disposiciones no se contradicen, ni la segunda limita

467 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 28

468 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 29

469 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 23

470 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 24

471 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 28 Refiere específicamente la educación primaria.

472 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) Artículo 10

473 Sandra Fredman, Georgina Donati, Linda M Richter, Sara N Naicker, Jere R Behrman, Chunling Lu, Caroline Cohrssen, Florencia Lopez Boo, Chemba Raghavan, Amanda Devercelli, Jody Heymann, Alan Stein, Harnessing Global Data to Advance Young Children's Learning and Development Consortium, Recognizing Early Childhood Education as a Human Right in International Law, Human Rights Law Review, Volume 22, Issue 4, December 2022, ngac024, <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngac024>

474 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005), Pág. 14

475 Ibid.

476 Ibid.

477 Constitución Política de Colombia, Artículos 44 y 67

la aplicación de la primera. El derecho fundamental a la educación de la niñez comprende la educación inicial a la primera infancia que se desarrolla desde el nacimiento; mientras que la obligatoriedad de la educación entre los cinco (5) y los quince (15) se refiere específicamente a la escolarización de esta población.⁴⁷⁸ Esta interpretación es coincidente con lo establecido en otras normas. Específicamente, el Código de la Infancia y la Adolescencia consagra de manera expresa en el artículo 29 el derecho al desarrollo integral de la primera infancia que abarca el derecho impostergable a la educación inicial.⁴⁷⁹ Por su parte, el artículo 5 de la Ley 1804 de 2016 que estableció la «Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre» señala que la educación inicial es un derecho de todos los niños y las niñas menores de seis (6) años.⁴⁸⁰ Esta norma también define la educación inicial como: «un proceso educativo y pedagógico intencional, permanente y estructurado, a través del cual los niños y las niñas desarrollan su potencial, capacidades y habilidades en el juego, el arte, la literatura y la exploración del medio, contando con la familia como actor central de dicho proceso».⁴⁸¹ La reglamentación de esta oferta educativa corresponde al Ministerio de Educación Nacional y será obligatoria para todos los oferentes oficiales y privados que se encuentren en el territorio nacional.⁴⁸²

El 29 de julio de 2022 se promulgó el Decreto 1411 que reglamenta la prestación del servicio educación inicial. Esta norma establece que la educación inicial se ofrece a las niñas y los niños entre los cero (0) y los seis (6) años, así como a las mujeres gestantes con el fin de fortalecer el rol de la familia durante los primeros años.⁴⁸³ Asimismo, determina que la prestación estará a cargo de: (i) los establecimientos educativos, (ii) la oferta de educación inicial que administra el ICBF, (iii) la oferta de las entidades territoriales de atención integral a la primera infancia, y (iv) los prestadores no oficiales de servicios de educación inicial y atención integral a la primera infancia.⁴⁸⁴

Lo anterior constituye la hoja de ruta para la prestación del servicio y marca un punto de partida para alcanzar la cobertura universal a la primera infancia.⁴⁸⁵ Al respecto, vale anotar que si la educación inicial se reconoce como un derecho fundamental de la primera infancia se debe poder amparar mediante acción de tutela. De hecho, la Corte Constitucional ya ha reconocido la procedencia de la acción de tutela para proteger este derecho. En 2018 al amparar el acceso a este servicio advirtió que, al igual que en la educación formal, son parte del núcleo esencial de este derecho: (i) la asequibilidad, esto es, la disponibilidad de oferta suficiente para atender a toda la población que requiere el servicio a lo largo y ancho del territorio; (ii) la accesibilidad, que supone que todas las niñas y los niños puedan acceder a este servicio, sin que haya barreras económicas, geográficas o de otra índole que se lo impidan; (iii) la adaptabilidad, que supone que la educación tenga la flexibilidad para adaptarse a las necesidades de los niños y las niñas y a sus diferentes contextos; y (iv) la aceptabilidad, que se refiere a la calidad, pertinencia y a la adecuación cultural de la educación.⁴⁸⁶

Las normas y las decisiones adoptadas forman parte de un proceso que seguirá y será determinante para avanzar en la garantía de los derechos de la primera infancia, porque la educación además de lograr el pleno desarrollo de la personalidad y de permitir la participación de las personas en la sociedad, también posibilita el ejercicio de otros derechos como la participación, la escogencia de profesión u oficio, la libertad de expresión, de conciencia y de

478 Ibid.

479 Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), Artículo 29

480 Ley 1804 de 2016, Artículo 5

481 Ibid.

482 Decreto 1411 de 2022

483 Ibid.

484 Ibid.

485 Ibid.

486 Corte Constitucional, Sentencia T-122 de 2018 M.P. Carlos Bernal Pulido

culto, por nombrar solo algunas. Sin embargo, para avanzar en este objetivo, es clave considerar las orientaciones que ha impartido el CDN. En particular, se destaca el fortalecimiento de las capacidades de las familias para acompañar el proceso educativo, la cobertura universal de servicios de calidad y culturalmente apropiados que promuevan el desarrollo integral de la primera infancia, el apoyo a los programas de base comunitaria y en general el seguimiento y monitoreo de toda la oferta existente a fin de que guarde congruencia con los propósitos de la Convención.⁴⁸⁷

Por su parte, la CIPI ha hecho especial énfasis en procurar el acceso a la educación inicial de calidad. Para lograr este propósito resalta la importancia de atenciones como asegurar talento humano cualificado, a libros y contenidos culturalmente apropiados, a sedes debidamente dotadas, a la formación en derechos humanos, así como al desarrollo de procesos pedagógicos enfocados, entre otras, en el fortalecimiento de las competencias socioemocionales.⁴⁸⁸

Caso

Hasta el momento han sido escasas las decisiones en las que la Corte Constitucional ha amparado el derecho a la educación inicial. No obstante, se destaca la sentencia T- 122 de 2018 que se refirió en el Capítulo III al revisar la protección integral y especial de la primera infancia, en la que se ordenó proveer debidamente el servicio de transporte a un grupo de niños a fin de garantizar el acceso al servicio de atención integral a la primera infancia que comprende el componente de educación inicial. Adicionalmente se resalta, el amparo de la Corte al derecho a la educación inicial culturalmente apropiada.⁴⁸⁹ A continuación, se referirá este caso.

El ICBF implementó el programa de atención integral a la primera infancia «De Cero a Siempre» en la comunidad de Barú, sin antes haber adelantado un proceso de consulta previa con la comunidad a fin de incorporar las adaptaciones y el enfoque diferencial de las prestaciones.⁴⁹⁰ Por este motivo, el Consejo Comunitario Afrodescendiente presentó acción de tutela en contra del ICBF con el propósito de que se tutelara el derecho a la consulta previa. El juez de primera instancia concedió el amparo solicitado y a partir de ese momento el ICBF contrató el operador indicado por el Consejo para cumplir con las expectativas de la comunidad. Sin embargo, el ICBF impugnó la sentencia y el juez de segunda instancia revocó la decisión porque, en su criterio, se trataba de un hecho superado, debido a que el ICBF ya había contratado la prestación del servicio de atención integral, que comprende entre otras la educación inicial, con un operador local sugerido por la propia comunidad.⁴⁹¹

El caso fue revisado y la Corte Constitucional determinó que la consulta previa no consiste en la contratación de un operador sugerido por el Consejo Comunitario. Indicó que implica el desarrollo de un proceso orientado a identificar las modificaciones que se deben incorporar en las prestaciones que comprende el servicio de atención integral a la primera infancia, a fin de que se incorpore un enfoque diferencial que garantice la pervivencia del pueblo minoritario afro. Una de las prestaciones que específicamente debe ser considerada dentro de este proceso es la educación inicial, porque permite que se transmitan los valores de la cultura.⁴⁹²

Por esta razón, la Corte Constitucional revocó la decisión del juez de segunda instancia y ordenó adelantar la consulta previa con el propósito de adaptar las prestaciones, en especial la educación inicial a la cultura de la comunidad. En cuanto a la contratación con el operador

487 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 1 (2001)

488 Manual Operativo: Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia, CIPI Versión 3, agosto de 2022

489 Corte Constitucional, Sentencia T-667 de 2017 M.P. Alberto Rojas Ríos

490 Ibid.

491 Ibid.

492 Ibid.

sugerido por el Consejo, manifestó que se debía continuar el contrato porque garantizaba prestaciones esenciales para la primera infancia de esta comunidad.⁴⁹³

Esta decisión tiene especial relevancia porque resalta la importancia acerca de la aceptabilidad del servicio de educación inicial, particularmente que sea culturalmente apropiada.

9. Salud

La garantía del derecho a la salud es determinante en la protección de la primera infancia. Aunque la Declaración de Ginebra reconoció la importancia del acceso al servicio de salud⁴⁹⁴, fue la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 la que estableció por primera vez, el derecho de las niñas y los niños a «crecer y desarrollarse en buena salud»⁴⁹⁵ para lo cual resulta necesaria la atención prenatal, posnatal y los servicios médicos adecuados.⁴⁹⁶ Este instrumento refirió de manera específica que la garantía de este derecho comprendía adicionalmente, el cuidado especial de la madre.⁴⁹⁷

Posteriormente, el artículo 24 de la Convención consagró de manera expresa «el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud».⁴⁹⁸ Esta disposición considera las condiciones biológicas, sociales, culturales y económicas de la niñez.⁴⁹⁹ Asimismo, tiene en cuenta que el goce de este derecho comprende el ejercicio de libertades y derechos de esta población.⁵⁰⁰ Las libertades se desarrollan de manera gradual de acuerdo con la evolución del infante y suponen la posibilidad de controlar su salud y su cuerpo.⁵⁰¹ Por su parte, los derechos abarcan el acceso a instalaciones, bienes y servicios de salud. Estos servicios deberán ser de calidad y comprenderán la promoción, prevención y atención en salud, que incluye entre otras prestaciones, el apoyo y seguimiento a la situación nutricional de la niñez, que es condición determinante en el goce de la salud.⁵⁰²

Para lograr la realización de este derecho, la Convención establece la obligación de los Estados de adelantar todas las acciones necesarias para que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de la salud.⁵⁰³ El cumplimiento de esta obligación involucra acciones para asegurar una fuerza laboral debidamente capacitada en la prestación de servicios de salud, así como la creación de redes para que los servicios lleguen a todas las zonas donde habita la población.⁵⁰⁴ También supone remover los obstáculos geográficos, económicos y de otra índole para lograr un acceso universal a los servicios.⁵⁰⁵

En relación con las acciones encaminadas a la realización del derecho a la salud de la niñez, la Convención refiere de manera específica: (i) la reducción de la mortalidad infantil y en la niñez; (ii) la prestación de asistencia médica y sanitaria, con especial énfasis en atención primaria en salud; (iii) la lucha contra las enfermedades y la malnutrición; (iv) la atención prenatal y posnatal a las madres; (v) la promoción de los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y saneamiento ambiental, la prevención de accidentes y el acceso adecuado a la educación en salud; (vi) la atención sanitaria preventiva, la orientación a padres y madres, así como el apoyo en la planificación familiar.⁵⁰⁶ También, insta a los Estados a abolir prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud y a promover la cooperación internacional para avanzar en la realización del derecho a la salud.⁵⁰⁷

493 Ibid.

494 Declaración de Ginebra (1924)

495 Declaración de los Derechos del Niño (1959)

496 Ibid.

497 Ibid.

498 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 24

499 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013), CRC/C/GC/25 de 17 de abril de 2013 (español) disponible en:

<https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-15-derecho-nino-al-disfrute-mas-alto-nivel-posible-de-salud-2013-.pdf> Pág. 8

500 Ibid.

501 Ibid.

502 Ibid.

503 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 3

504 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 9

505 Ibid.

506 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 24

507 Ibid.

Colombia ha establecido en su Constitución Política el carácter fundamental del derecho a la salud de la niñez en el artículo 44.⁵⁰⁸ Adicionalmente, en el artículo 50 definió el derecho de todo niño menor de un (1) año a recibir atención gratuita en las instituciones de salud que sean financiadas con recursos públicos, cuando no se encuentren cubiertos por ningún tipo de protección o afiliación a seguridad social.⁵⁰⁹ De igual manera, el Código de la Infancia y la Adolescencia estableció el derecho a la salud de esta población y refiere de manera específica que «la salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad».⁵¹⁰ Asimismo, señala que ninguna institución prestadora de servicios de salud podrá abstenerse de atender a un niño o niña que requiera atención.⁵¹¹ También define compromisos específicos para procurar los recursos necesarios para la prestación de los servicios de salud a esta población.⁵¹²

La garantía del derecho a la salud debe permitir la supervivencia, el crecimiento y el desarrollo de las niñas y los niños, según lo ha expresado el CDN.⁵¹³ En la Observación No. 15 que estudia la salud infantil desde una perspectiva de derechos, este órgano impartió orientaciones a los Estados, a los agentes no estatales y a las familias para hacer efectivo el derecho de la niñez al disfrute de nivel más alto posible de salud.⁵¹⁴ Al respecto, señaló que la protección de la salud incluye acciones de promoción, de prevención oportuna, de atención, rehabilitación, servicios paliativos, entre otras.⁵¹⁵ Todas estas acciones deben estar directamente encaminadas a permitirle al infante crecer y desarrollarse al máximo de sus capacidades y a disfrutar del nivel más alto de salud.⁵¹⁶

La garantía del derecho a la salud es necesaria en el goce de los demás derechos humanos. Por este motivo, los Estados y demás actores relevantes deben asegurar que todos los niños y las niñas cuenten con la protección adecuada.⁵¹⁷ Lo anterior reviste especial importancia si se considera que las etapas del desarrollo de la niñez y la adolescencia son acumulativas; por ello lo que ocurre en la primera infancia repercute en las etapas siguientes de la vida y en las oportunidades de desarrollo.⁵¹⁸ De ahí, que resulte indispensable que se implementen medidas para hacer frente a cualquier factor de discriminación económico, social, cultural o geográfico que impida el igual acceso a las prestaciones que comprende el derecho a la salud.⁵¹⁹ Adicionalmente, el CDN ha destacado la necesidad de que los servicios de salud reconozcan las características individuales de cada niña y niño, se brinde toda la información necesaria y que se permita el ejercicio de las libertades de acuerdo con la evolución de las capacidades de los integrantes de esta población.⁵²⁰

Asimismo, es importante anotar que el CDN ha hecho énfasis en la necesidad de considerar los determinantes individuales⁵²¹, familiares⁵²² y estructurales⁵²³ en la implementación de las acciones para proteger el derecho a la salud. Específicamente ha señalado que: «entre los principales determinantes de la salud, la nutrición y el desarrollo del niño, cabe mencionar la realización del derecho de la madre a la salud y el papel de los progenitores y otros cuidadores».⁵²⁴ Resalta además que: «un número considerable de fallecimientos de lactantes tiene lugar en el período neonatal, como consecuencia de la mala salud de la madre antes del embarazo, en el curso de este, después de él y en el período inmediatamente posterior al parto, así como de prácticas de lactancia natural que distan mucho de ser óptimas».⁵²⁵ También, indica que los comportamientos de los adultos influyen de manera decisiva en la salud, y en otros factores que

508 Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 44

509 Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 50

510 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 27

511 Ibid.

512 Ibid.

513 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 3

514 Ibid.

515 Ibid.

516 Ibid.

517 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 7

518 Ibid.

519 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 5

520 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 8

521 Ibid.

522 Ibid.

523 Ibid.

524 Ibid.

525 Ibid.

repercuten en la salud de esta población.⁵²⁶ Estos factores deben ser abordados de manera especial en todas las intervenciones que se realicen.

En síntesis, la CDN hace un llamado a los Estados para que adopten normas y políticas orientadas a la garantía de este derecho fundamental de la infancia.⁵²⁷ Asimismo, para que aseguren una cobertura universal mediante servicios de calidad, que comprendan la atención de los determinantes sociales de la salud.⁵²⁸ Para lograr este objetivo, es necesario que se definan planes y se destinen presupuestos adecuados a esta finalidad.⁵²⁹ También hace un llamado a otros agentes no estatales para que velen y promuevan la protección del derecho a la salud de niñas y niños y a que brinden cuando sea necesario la información pertinente para lograr este objetivo.⁵³⁰

Finalmente, reitera las responsabilidades de padres, madres y cuidadores, específicamente cuidar y proteger a la niñez teniendo en cuenta la evolución de las facultades, con el propósito de que crezcan y se desarrollen de manera saludable.⁵³¹

Por su parte, la CIPI ha hecho énfasis en la necesidad de asegurar, entre otras, las siguientes atenciones en salud: (i) afiliación al sistema de seguridad social en salud, (ii) garantía de esquema de vacunación, (iii) atención médica regular para detectar de manera temprana cualquier alteración al crecimiento.⁵³²

Caso

La protección del derecho a la salud ha sido uno de los temas más veces ha revisado la Corte Constitucional. Respecto de la primera infancia ha habido diferentes pronunciamientos que han establecido con claridad las obligaciones de los diferentes actores para asegurar el goce de este derecho a las niñas y los niños. A continuación, se revisará un caso en el que se resalta la importancia de brindar de manera oportuna la atención requerida por una niña que padecía una delicada enfermedad.⁵³³

En el Distrito de Barranquilla, departamento del Atlántico, una niña de dos (2) años sufría epilepsia refractaria y requería una serie de medicamentos para su tratamiento que fueron debidamente prescritos por un médico especialista. Sin embargo, el Comité Técnico Científico solamente autorizó la entrega de algunos de estos medicamentos durante un término limitado de tres (3) meses. Transcurrido este término, la madre de la niña solicitó a la EPS que le volvieran a proveer los medicamentos, pero solo le dieron uno de ellos, porque según dijo, no estaban suficientemente bien acreditada la necesidad de los demás medicamentos. La madre de la niña se opuso a esta determinación porque la niña presentaba repetidos episodios de fiebre y convulsiones y comoquiera que pertenecía al nivel 1 del SISBEN no contaba con los recursos para sufragar los demás medicamentos que no entregaba la EPS. Por esta razón, presentó acción de tutela con el propósito de que le ampararan el derecho a la salud, a la vida y a la dignidad a su hija. El juez de instancia decidió no tutelar los derechos de la niña, porque según indicó, ya se habían entregado los medicamentos. Adicionalmente, y debido a que algunos de estos medicamentos no se encontraban en el POS, autorizó a la EPS para que recobrar los dineros en el Fosyga.

⁵²⁶ Ibid.

⁵²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 18

⁵²⁸ Ibid.

⁵²⁹ Ibid.

⁵³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013) Pág. 19

⁵³¹ Ibid.

⁵³² Manual Operativo: Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia, CIPI Versión 3, agosto

de 2022

⁵³³ Corte Constitucional, Sentencia T- 048 de 2012 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

La Corte Constitucional revisó el caso y advirtió que la niña padecía epilepsia refractaria y requería con urgencia todos los medicamentos prescritos. Por esta razón, era indispensable que le entregaran todos los medicamentos prescritos por el médico especialista, en orden a garantizarle sus derechos fundamentales. Adicionalmente, señaló que durante el trámite del proceso se había actualizado el POS y todos los medicamentos prescritos, con excepción de uno, se encontraban cubiertos. En consecuencia, ordenó a la EPS que entregara todos los medicamentos prescritos, con derecho a reembolso del costo de aquel que no se encontraba incluido en el POS. También ordenó que le prestara tratamiento integral a la niña, y autorizó el recobro del costo a la entidad territorial. Finalmente, se ordenó que debido a la situación de vulnerabilidad de la niña y de su familia se le eximiera de cualquier copago.

10. Nutrición adecuada

La Convención consagra en el artículo 24 el derecho de las niñas y los niños al disfrute del nivel más alto posible de salud, que comprende, entre otras cosas, el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre.⁵³⁴ Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el artículo 11 el derecho que tienen todas las personas, incluida la primera infancia, a un nivel de vida adecuado que comprende el acceso a la alimentación. Para asegurar esta prestación, se define el compromiso de proteger a la población contra el hambre, de mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos, de divulgar los principios de nutrición y de perfeccionar los regímenes agrarios.⁵³⁵ Estas disposiciones definen la ruta que deben seguir los Estados a fin de garantizar el derecho a la alimentación y nutrición adecuadas de la primera infancia.

En Colombia el artículo 44 de la Constitución Política señala los derechos fundamentales de la niñez. Entre estos se refiere de manera específica el derecho a la alimentación equilibrada.⁵³⁶ De otro lado, el Código de la Infancia y la Adolescencia refiere en el artículo 17 que la garantía del derecho a la vida abarca la garantía de alimentación nutritiva y equilibrada. Posteriormente, el artículo 24 establece que los padres y madres deben procurar alimentos a sus hijos como parte de sus obligaciones. Esta obligación no recae exclusivamente en los padres y madres, si se considera que el Estado tiene dentro de sus obligaciones apoyar a las familias para que éstas «puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde la gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual». ⁵³⁷ Asimismo, el Estado también está obligado a garantizar directamente el derecho a la alimentación y nutrición adecuadas a los niños y las niñas que se encuentren en procesos de protección y restablecimiento de sus derechos.⁵³⁸

El derecho a la alimentación y nutrición adecuadas está inseparablemente unido al reconocimiento de la dignidad humana como lo ha referido el CEDESC. Asimismo, su garantía resulta esencial en la realización de los demás derechos humanos.⁵³⁹ La nutrición adecuada es uno de los determinantes sociales de la salud de la población y es deber del Estado la adopción de políticas públicas orientadas a lograr la reducción de las desigualdades que inciden en el goce efectivo del derecho a la salud, tal como lo establece el artículo 9 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015.⁵⁴⁰ De acuerdo con el CEDESC, el contenido básico del derecho a la alimentación comprende por una parte: «la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una

534 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 24

535 Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966) Artículo 11

536 Constitución Política de Colombia, Artículo 44

537 Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia) Artículo 24

538 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999) Observación General No. 12

539 Ibid.

540 Ibid.

cultura determinada»,⁵⁴¹ y por otra, «la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos». ⁵⁴² Por esta razón, dentro de las obligaciones que debe cumplir el Estado para reducir la inequidades y asegurar la materialización del derecho a la alimentación y nutrición adecuadas, se encuentran las acciones encaminadas a lograr que sea adecuada y sostenible la disponibilidad de alimentos y el acceso a éstos. ⁵⁴³ Aunque el derecho a la alimentación y nutrición adecuadas se debe garantizar a toda la población, resulta necesario observar las particularidades que supone la realización de este derecho en la primera infancia.

De conformidad con lo señalado por el CDN en su Observación General No. 15, niñas y niños sin distinción alguno deben recibir una alimentación adecuada que permita el goce de sus derechos humanos. Para lograr este propósito se deben adelantar acciones orientadas a combatir la desigualdad en la materialización de este derecho. Esto supone implementar medidas de protección adecuadas para la población con menores ingresos, para las comunidades indígenas y otras minorías que encuentran severas dificultades en el acceso a una alimentación y nutrición adecuadas. ⁵⁴⁴ También implica considerar la situación particular de cada niña y niño a fin de establecer medidas que favorezcan su desarrollo considerando la etapa específica de desarrollo específica en la que se encuentran. Para ello, los Estados deben adelantar acciones orientadas a oír a la población infantil, así como a sus madres y padres por medio de consultas participativas periódicas. ⁵⁴⁵

Dadas las particulares y cambiantes necesidades de la primera infancia, el CDN ha indicado medidas diferenciadas que se deben implementar para garantizar este derecho. Debe haber intervenciones directas para fortalecer la nutrición de las mujeres gestantes para hacer frente a la anemia y al déficit de ácido fólico, yodo y calcio. ⁵⁴⁶ Asimismo, las mujeres en edad reproductiva deben recibir atención para prevenir y tratar la eclampsia y la preeclampsia para favorecer el desarrollo saludable del gestante y posteriormente del lactante.

De otro lado, los Estados deben proteger, promover y apoyar la lactancia materna exclusiva durante los primeros seis (6) meses de vida, y de ser viable de la lactancia complementaria hasta los dos (2) años. Para lograr este objetivo el CDN advierte que los Estado deben «incorporar en su derecho interno, aplicar y hacer cumplir normas acordadas internacionalmente en el ámbito del derecho del niño a la salud, entre ellas el Código Internacional para la Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna y las subsiguientes resoluciones pertinentes de la Asamblea Mundial de la Salud, así como el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco». ⁵⁴⁷ Adicionalmente, las madres lactantes deben recibir apoyo específico en sus comunidades y en sus lugares de trabajo. Deben contar con servicios de atención integral a la primera infancia que contribuyan a fortalecer la nutrición de las niñas y los niños. También, es indispensable que los Estados hagan un seguimiento adecuado de talla y peso de la primera infancia para poner en marcha todas las intervenciones necesarias para combatir la malnutrición grave aguda y la malnutrición aguda moderada.

Durante la etapa escolar es deseable que los niños accedan a al menos a una comida al día en las respectivas instituciones para fortalecer el proceso educativo y prevenir la deserción. Esta medida se debe complementar con educación en nutrición, actividades que promuevan el

⁵⁴¹ Ibid.

⁵⁴² Ibid.

⁵⁴³ Ibid.

⁵⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 15 (2013)

⁵⁴⁵ Ibid.

⁵⁴⁶ Ibid.

⁵⁴⁷ Ibid.

desarrollo de hábitos alimenticios saludables. Asimismo, la CDN ha hecho especial énfasis en el deber de los Estados de hacer frente a la obesidad infantil que se vincula con la aparición de enfermedades crónicas no transmisibles. Específicamente ha referido que «debe limitarse la exposición de los niños a la comida rápida de alto contenido en grasas, azúcar o sal, que es muy energética, pero carece de suficientes micronutrientes, y a bebidas de alto contenido en cafeína u otras sustancias de posibles efectos nocivos». ⁵⁴⁸ También, ha señalado que «debe controlarse la comercialización de estas sustancias, especialmente cuando sus destinatarios son niños, así como su disponibilidad en las escuelas y otros lugares». ⁵⁴⁹

En síntesis, los Estados deben garantizar el acceso de las niñas y los niños a «alimentos inocuos, nutricionalmente adecuados y culturalmente apropiados». ⁵⁵⁰ El ejercicio de este derecho también comprende el suministro de agua potable, por lo que resulta indispensable que los Estados avancen en facilitar el acceso a este servicio público. La adecuada garantía de este derecho humano permite el adecuado desarrollo de la población infantil, lo que a su turno permite el goce de los demás derechos humanos.

La CIPI ha resaltado la relevancia de brindar a niños y niñas atenciones orientadas a valorar y hacer seguimiento a la situación nutricional. Asimismo, ha destacado la necesidad de que tengan acceso al Programa de Alimentación Escolar (PAE) en los esquemas de atención integral a la primera infancia, que les permita recibir alimentos nutritivos que cumplan con condiciones de calidad e inocuidad. ⁵⁵¹

Caso

En 2016 la Corte Constitucional revisó un caso que se presentó en el municipio de La Dorada, departamento de Caldas. ⁵⁵² Un niño de siete (7) años recibió hasta el año académico 2015 servicio de almuerzo en la institución educativa. Sin embargo, a partir de 2016 el estudiante pasó a recibir un complemento industrializado tipo refrigerio en horas de la mañana. La anterior medida se adoptó como resultado de un recorte de los recursos del Presupuesto General de la Nación (PGN) destinados a la financiación del Programa de Alimentación Escolar (PAE). Además, una modificación en los Lineamientos Técnicos Administrativos del PAE estableció que las raciones tipo almuerzo se debían priorizar en los colegios que ofrecerían jornada única, debido a que los estudiantes permanecen en el colegio después del mediodía. Debido a la situación de pobreza en que vivía la familia del niño, no le era posible costear el almuerzo que antes entregaba el colegio. ⁵⁵³

Por esta razón, la madre del estudiante presentó una acción de tutela en contra de la Secretaría de Educación de Caldas y otras autoridades educativas, a fin de que reanudaran la prestación del servicio de almuerzo, que resultaba fundamental no solo para el acceso a la educación, sino porque además contribuía con el treinta por ciento (30%) de las necesidades nutricionales del niño. Al respecto, indicó que el estudiante estaba recibiendo un complemento tipo refrigerio que contribuía con el veinte por ciento (20%) de las necesidades nutricionales, y que además su jornada terminaba al mediodía. ⁵⁵⁴

⁵⁴⁸ Ibid.

⁵⁴⁹ Ibid.

⁵⁵⁰ Ibid.

⁵⁵¹ Manual Operativo: Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia, CIPI Versión 3, agosto de 2022

⁵⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-641 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

⁵⁵³ Ibid.

⁵⁵⁴ Ibid.

La Corte Constitucional seleccionó el caso para revisión y observó que se había adoptado una medida regresiva en la garantía de un derecho de contenido prestacional, sin estar debidamente justificada. Indicó que la reducción presupuestal y las modificaciones en la prestación del PAE no era razón suficiente para desmejorar la garantía al derecho a la nutrición que es determinante en el acceso a la educación. Además, indicó que la normativa del PAE permitía la entrega de raciones alimentarias tipo almuerzo siempre que los recursos faltantes fueran provistos por la entidad territorial respectiva. Por este motivo, decidió revocar la sentencia y le ordenó a la Secretaría de Educación que entregara almuerzos a los estudiantes de la institución educativa que venían recibiendo este servicio hasta 2015. La anterior decisión protegió de manera efectiva el derecho a la nutrición no solo del estudiante accionante, sino de los demás alumnos que vieron su situación nutricional desmejorada como resultado de la variación introducida en la prestación del PAE.⁵⁵⁵

11. Intimidad

El artículo 33 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que: «[l]os niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad».⁵⁵⁶ Por su parte, la Corte Constitucional entiende la intimidad «como una esfera de protección del ámbito privado del individuo y el de su familia, la cual se traduce en una abstención de conocimiento e injerencia en aquella órbita reservada que le corresponde a la persona y que escapa al conocimiento público y, por tanto, no debe ser materia de información suministrada a terceros ni de intervención o análisis de grupos ajenas, ni de divulgaciones o publicaciones».⁵⁵⁷

De acuerdo con lo anterior, la primera infancia tiene derecho a que se le reconozca y se le respete un ámbito de privacidad personal, familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Por consiguiente, no podrá haber injerencias arbitrarias en esta órbita, ni divulgación de información o datos personales, sin la debida autorización y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa.⁵⁵⁸ La protección de la intimidad es esencial para garantizar el adecuado desarrollo de las personas y en particular de la primera infancia y permite la garantía de otros derechos fundamentales como la dignidad, la seguridad, la honra, el buen nombre y el libre desarrollo de personalidad, por mencionar algunos.

El CDN se ha referido sobre esta materia en la Observación General No. 25 que trata sobre los derechos de la población infantil y adolescente en el entorno digital. Al respecto ha advertido que el uso y tratamiento de datos personales de niñas y niños debe ser consentido por éstos y por sus padres o cuidadores de acuerdo con lo establecido en la ley.⁵⁵⁹ La opinión del infante se debe atender considerando de manera específica a su edad y grado de evolución.⁵⁶⁰ Cualquier injerencia en la información personal de la primera infancia debe estar prevista en la ley o debe estar debidamente consentida.⁵⁶¹ Adicionalmente, el tratamiento debe procurar una finalidad legítima y debe atender al principio de minimización de datos.⁵⁶² También debe ser proporcional a la finalidad que pretende y debe atender al interés superior de las niñas y los niños.⁵⁶³ Lo anterior, implica que se debe evitar el conflicto entre el uso y tratamiento de los datos personales con otros derechos de esta población.⁵⁶⁴

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 33

⁵⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C- 872 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y retomada en la Sentencia T- 610 de 2019 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁵⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia T- 610 de 2019 M.P. José Fernando Reyes Cuartas

⁵⁵⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 25 (2021), CRC/C/GC/25 de 2 de marzo de 2021 (español) disponible en:

<https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2021/09/observacion-general-25-relativa-a-los-derechos-de-los-ninos-en-relacion-con-el-entorno-digital.pdf> Pág. 13

⁵⁶⁰ Ibid.

⁵⁶¹ Ibid.

⁵⁶² Ibid.

⁵⁶³ Ibid.

⁵⁶⁴ Ibid.

La utilización de los datos personales de los niños y las niñas resulta necesaria en el acceso a servicios públicos que permiten el ejercicio de derechos de esta población como es el caso de la educación, la salud, entre otros.⁵⁶⁵ No obstante, existen diferentes amenazas derivadas de la reunión y el procesamiento de estos datos personales por parte de entidades estatales o privadas.⁵⁶⁶ Por este motivo, resulta indispensable que las entidades encargadas del uso y tratamiento de datos personales cumplan requisitos de seguridad apropiados y sean debidamente vigiladas por las autoridades competentes.⁵⁶⁷ La filtración o divulgación no autorizada de datos, el robo de identidad son riesgos particularmente sensibles a los que se encuentra expuesta la primera infancia.⁵⁶⁸ Estos riesgos y otros también pueden venir de las propias actividades de los infantes, como de sus padres, madres y cuidadores.⁵⁶⁹ En razón de lo anterior, es necesario que se adopten medidas de protección adecuadas para evitar que el manejo de los datos personales pueda aparejar consecuencias que afecten los derechos de esta población como la identidad, la dignidad humana, entre otros.

Para promover la adecuada protección de los datos de esta población es indispensable que los Estados adopten medidas legislativas y administrativas para procurar la protección adecuada, la transparencia y la supervisión independiente.⁵⁷⁰ Lo anterior, supone que la niñez y las familias puedan acceder a los datos almacenados para rectificarlos o eliminarlos en caso de ser necesario.⁵⁷¹ También, es indispensable que se vigilen periódicamente los procedimientos para determinar su efectividad. En este punto es especialmente relevante que se adopten medidas tendientes a proteger de manera puntual a la primera infancia frente a la explotación sexual comercial.⁵⁷²

En adición a lo anterior, el CDN ha hecho un llamado a los Estados para que establezcan requisitos de seguridad en el diseño de productos y servicios digitales que afectan a la primera infancia.⁵⁷³ Esto cobra especial relevancia si se consideran las permanentes innovaciones tecnológicas que permiten obtener datos personales de esta población a través de juguetes y artículos de uso personal.⁵⁷⁴

De otro lado, el CDN ha demandado que se proteja la privacidad de la niñez en el entorno digital cuando sean los padres, madres o cuidadores los que representen una amenaza. Por este motivo, ha establecido entre otras cosas que: «Los proveedores de servicios preventivos o de orientación para los niños en el entorno digital deben abstenerse de exigir que los niños necesiten el consentimiento de sus padres para acceder a ellos. Esos servicios deben cumplir altos estándares en materia de privacidad y protección del niño».⁵⁷⁵

En Colombia se han adoptado normas específicas orientadas a la protección de los derechos a la intimidad y privacidad de la niñez. La Ley Estatutaria 1581 de 2012, conforme ha sido interpretada por la Corte Constitucional⁵⁷⁶ permite que «los datos de los niños, las niñas y adolescentes pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando no se ponga en riesgo la prevalencia de sus derechos fundamentales e inequívocamente responda a la realización del principio de su interés superior, cuya aplicación específica devendrá del análisis de cada caso en particular».⁵⁷⁷ Asimismo, existe claridad que el uso y tratamiento de los datos personales debe estar previsto en la ley, o contar con el consentimiento libre y previo de los niños y niñas y sus representantes legales. Según su edad los infantes deben ser informados del uso que se

565 Ibid.

566 Ibid.

567 Ibid.

568 Ibid.

569 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 25 (2006) Pág. 14

570 Ibid.

571 Ibid.

572 Ibid.

573 Ibid.

574 Ibid.

575 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 25 (2006) Pág. 15

576 Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

577 Ibid.

pretende hacer para que expresen de manera libre su opinión, la cual deberá ser tenida en cuenta.⁵⁷⁸

Caso

En el año 2012 la Corte Constitucional revisó un caso que se presentó en el municipio de Cartago en el departamento del Valle del Cauca y que reviste especial importancia en la garantía del derecho a la intimidad, así como de la honra.⁵⁷⁹ El padre de una niña de cuatro (4) años que se encontraba bajo la custodia de su madre, decidió abrir un perfil de su hija en la red social Facebook para comunicarse con ella porque según indicó, no la podía ver con frecuencia. Para crear la cuenta, el padre indicó que su hija era mayor edad, porque la red establece que la edad mínima que la niña no cumplía. Cuando la madre conoció este hecho le pidió al padre que cancelara ese perfil porque, según ella, se trata de una suplantación que podía afectar los derechos de su hija y la relación familiar. Sin embargo, el padre no accedió a la solicitud y la madre presentó acción de tutela con el fin de que se ampararan los derechos de su hija a la intimidad, al buen nombre y al libre desarrollo de la personalidad.⁵⁸⁰

El padre de la niña adujo en su defensa, que el propósito de haber creado el perfil de su hija era comunicarse con ella. Asimismo, indicó que estableció una configuración que solo permite que su información pueda ser accedida por familiares cercanos, y que el álbum de fotos que había hecho buscaba dar cuenta de la vida de su hija. El juez de instancia denegó el amparo solicitado por la madre, porque en su criterio la actuación del padre no estaba mal intencionada y era indicativa del amor que tenía por su hija.

El caso fue seleccionado para revisión por la Corte Constitucional que dio especial consideración en su análisis al interés superior de la niña.⁵⁸¹ Adicionalmente, tuvo en cuenta las recomendaciones establecidas en el Memorándum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en internet, en particular de niños, niñas y adolescentes. En su decisión la Corte señaló que la apertura de la cuenta se hizo sin considerar a la niña. Incluso, advirtió que debido a su edad y madurez la niña no comprendía el funcionamiento de esta red social. También indicó que el uso de redes sociales debe darse a las edades en que los niños y las niñas pueden acceder a éstas. Además, deben contar con el acompañamiento de sus padres, madres y cuidadores. Por lo tanto, en este caso no se habían cumplido ninguna de las recomendaciones. Específicamente, la niña no estaba todavía en capacidad de entender el funcionamiento ni el alcance de la red social. De otro lado, la apertura de la cuenta se había hecho sin tener en cuenta a la niña. Esto puede llevar a que otras personas se formen una idea diferente de la niña de la que ella vaya a querer proyectar en unos años. De otra parte, la huella digital de la información compartida permanece y podrá afectar de manera permanente a la niña.

En síntesis, la Corte indicó que la conducta del padre ponía en riesgo el desarrollo de la niña, que está siendo expuesta en un medio al que seguramente tendrá acceso en unos años. Adicionalmente, precisó que la patria potestad no ampara decisiones que puedan afectar sus derechos fundamentales como sucede en este caso. Por este motivo, resolvió revocar el fallo de

⁵⁷⁸ Ibid.

⁵⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2012 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁵⁸⁰ Ibid.

⁵⁸¹ Ibid.

juez de instancia y le ordenó al padre cancelar la cuenta de Facebook de su hija y lo previno para que no creara cuentas en redes sociales con datos personales y sensibles de su hija.⁵⁸²

12. Recreación, cultura y juego

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 estableció por primera vez en el Principio 7 que «el niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones» así como la obligación en cabeza de las autoridades de «promover el goce de este derecho».⁵⁸³ Posteriormente, la Convención consagró en el artículo 31 que los Estados «reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural en las artes»⁵⁸⁴ y en consecuencia «respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento».⁵⁸⁵

Por su parte, en Colombia el artículo 30 del Código de la Infancia y la Adolescencia establece que «los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento, al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes».⁵⁸⁶ También tienen derecho a que «se les reconozca, respete y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenezcan».⁵⁸⁷ Para procurar que el ejercicio de este derecho no afecte la protección integral de la niñez, se determina la necesidad de prohibir el ingreso de esta población a establecimientos de juegos de suerte y azar, donde se ofrezcan y vendan sustancias psicoactivas, o espectáculos con clasificación para mayores de edad.⁵⁸⁸ Asimismo, la norma establece que cuando sea permitido el ingreso de personas menores de catorce (14) años a espectáculos y eventos públicos masivos se deberán destinar espacios para procurar para garantizar su seguridad.⁵⁸⁹

Aunque existe un reconocimiento expreso del derecho al esparcimiento, al juego y a la cultura, el CDN ha advertido la escasez de acciones para lograr la garantía de este derecho.⁵⁹⁰ Al respecto ha mencionado en la Observación General No. 17 que algunos Estados no cuentan con legislación especial sobre el tema, otros no hacen las inversiones para crear los espacios requeridos por esta población, ni tampoco consideran a la niñez en la planeación y el diseño urbano.⁵⁹¹ Por este motivo, la citada Observación pretende visibilizar a esta población y elevar la conciencia acerca de la importancia central del juego en el desarrollo de la niñez.⁵⁹² Hace énfasis en la necesidad de que los niños cuenten con el tiempo y también con los espacios necesarios para el juego, la recreación y la creatividad.⁵⁹³ Para lograr avanzar en la garantía de este derecho el CDN resalta las obligaciones de los Estados de establecer todas las medidas, estrategias y programas para asegurar la realización de este derecho.⁵⁹⁴ Adicionalmente, destaca las funciones y responsabilidades del sector privado relacionado con la recreación, la cultura y el arte que contribuyen al logro de este objetivo.⁵⁹⁵ También ofrece directrices a las personas que tienen niñas y niños bajo su cuidado, incluidos los padres y madres, para que promuevan debidamente el juego y la recreación.⁵⁹⁶

El CDN señala que el juego es una condición determinante para la creatividad, el desarrollo de competencias y aptitudes.⁵⁹⁷ También tiene un papel clave en la motivación en la primera

582 Ibid.

583 Declaración de los Derechos del Niño (1959) Principio 7

584 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 31

585 Ibid.

586 Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) Artículo 30

587 Ibid.

588 Ibid.

589 Ibid.

590 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013), CRC/C/GC/25 de 2 de marzo de 2021 (español) disponible en:

<https://www.plataformadeinfancia.org/wp-content/uploads/2018/09/observacion-general-17-derecho-nino-al-descanso-esparcimiento-juego-actividades-recreativas-vida-cultural-artes-articulo-2013.pdf>

591 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág.3

592 Ibid.

593 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág. 4

594 Ibid.

595 Ibid.

596 Ibid.

597 Ibid.

infancia, en el estímulo de la actividad física, la imaginación, y la confianza propia y en otras personas. En adición a lo anterior, el CDN presenta a los Estados evidencia que demuestra que el juego es «un elemento central del impulso espontáneo hacia el desarrollo y desempeña un papel importante en el desarrollo del cerebro, especialmente en la primera infancia». ⁵⁹⁸ El juego es determinante en la exploración y percepción del mundo y en el entendimiento de la posición social que ocupa cada niña o niño en el mundo. ⁵⁹⁹ Por otra parte, la participación en la vida cultural brinda un sentido de pertenencia a niños y niñas dentro de sus comunidades, que se debe proteger de manera activa. ⁶⁰⁰

A pesar de la importancia del juego y el esparcimiento en la niñez, y en particular en la primera infancia, existen diferentes amenazas a su garantía, entre las cuales se destacan: el trabajo infantil, las elevadas exigencias domésticas y las crecientes exigencias de éxito académico. ⁶⁰¹ Cada una de estas amenazas, así como otras que se presentan, merecen ser abordadas para evitar que afecten la garantía de este derecho fundamental de la infancia. También se deben confrontar las posturas sociales que consideran el juego como una pérdida de tiempo o como una actividad frívola e improductiva, y en su lugar crear conciencia acerca de su importancia central en el desarrollo de la niñez. ⁶⁰²

De otro lado, los Estados y demás actores relevantes deben trabajar de manera articulada en la garantía del derecho al juego en particular de aquellos grupos que suelen ser discriminados del goce efectivo de este derecho, como es el caso de la niñez en condiciones de pobreza, de discapacidad, los grupos indígenas, las minorías étnicas y también las niñas. ⁶⁰³ Se deben implementar las medidas adecuadas que permitan que no haya discriminación en el derecho al juego y al esparcimiento. ⁶⁰⁴ Para este propósito se deben crear contextos adecuados, se deben mitigar factores de riesgo que afecten la salud y la seguridad en el goce de este derecho y se debe reconocer la importancia de permitir el ejercicio de este derecho, incluso sin el control y la gestión de los adultos. ⁶⁰⁵

Finalmente, es útil señalar que el CDN reconoce la importancia de los medios electrónicos en la garantía del derecho al juego. No obstante, advierte los riesgos a los que expone a los niños (pornografía, ciberacoso y manipulación psicológica). ⁶⁰⁶ También señala que los juegos electrónicos de carácter violento pueden llevar a reducir la sensibilidad ante el dolor y el sufrimiento de los demás. ⁶⁰⁷ De otro lado, el uso creciente de juegos electrónicos puede llevar a la reducción de la actividad física lo que afecta a su turno el derecho a la salud. ⁶⁰⁸ Por último, el CDN señala el papel de la publicidad en el consumo elevado de juguetes y juegos que llevan a los niños a convertirse en espectadores pasivos y a reducir las posibilidades de desarrollar su creatividad. ⁶⁰⁹ De ahí que los Estados y demás actores corresponsables en la garantía de los derechos de esta población deban adoptar medidas efectivas para asegurar el goce de este derecho y se mitiguen los riesgos que pueden afectarlo. La CIPI por su parte ha destacado la necesidad de atender a esta población mediante la garantía de acceso a programas de recreación. ⁶¹⁰

600 Ibid.

601 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág. 3

602 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág. 12

603 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág. 3 y 18

604 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág. 3

605 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág. 8

606 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág. 15

607 Ibid.

608 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 17 (2013) Pág.16

609 Ibid.

610 Manual Operativo: Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia, CIPI Versión 3, agosto de 2022

Caso

La Corte Constitucional ha desempeñado un papel relevante en la protección del derecho al juego. Algunas de sus decisiones más recientes han permitido la protección de la igualdad en la práctica del deporte en favor de las mujeres.⁶¹¹ Sin embargo, en lo que respecta a la primera infancia, este órgano adoptó en sus inicios una decisión que fue determinante para entender el alcance del derecho al juego y al esparcimiento. En 1993 decidió una acción pública de inconstitucionalidad que presentó un ciudadano en contra del artículo 322 del antiguo Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) que establecía lo siguiente: «prohíbese la entrada de menores de catorce (14) años a las salas de juegos electrónicos».⁶¹² El demandante consideraba que la norma limitaba el derecho a la recreación y al juego de la población menor de catorce (14) años porque le impedía hacer uso de juegos electrónicos en espacios específicamente dedicados a esta actividad.

En su análisis, la Corte Constitucional revisó las razones que motivaron la inclusión de esta norma y observó que se trataba de una medida de protección para evitar que las personas menores de catorce (14) años entraran en contacto con diferentes factores de riesgo. Además, identificó que no se trataba de una prohibición per-se a que los niños y niñas practicaran juegos electrónicos, por el contrario, la Corte reconoció la posibilidad que estos podían ser practicados en el hogar e incluso en las instituciones educativas con el apoyo y la supervisión de adultos. Por consiguiente, indicó que no se estaba afectando el derecho de los niños y niñas a acceder a este tipo de recreación, sino que la prohibición se limitaba únicamente a unos espacios específicos. Estos espacios presentaban riesgos de contacto con adultos, consumo de sustancias psicoactivas y contenidos que podían afectar su desarrollo.

Por este motivo, determinó que la prohibición establecida era compatible con el orden constitucional en la medida que establecía una medida de protección. Esta decisión fue clave en la redacción del artículo 30 del Código de la Infancia y la Adolescencia que establece de manera específica una protección amplia frente a diferentes riesgos psicosociales.

A pesar de determinar que la norma era constitucional, la Corte también señaló lo siguiente en relación con este derecho: «Después de la nutrición, salud, educación, vivienda, trabajo y seguridad social, la recreación es considerada una necesidad fundamental del hombre que estimula su capacidad de ascenso puesto que lo lleva a encontrar agrado y satisfacción en lo que hace y lo rodea. En esta medida, puede afirmarse también, que la recreación constituye un derecho fundamental conexo con el libre desarrollo de la personalidad, con todas sus implicaciones y consecuencias».⁶¹³ Estas consideraciones han tenido gran relevancia en posteriores decisiones en las que se ha ordenado la protección del derecho a la recreación y al deporte de la niñez y la adolescencia.

13. Libertad de expresión

El artículo 13 de la Convención reconoce que las niñas y los niños tienen el derecho a la libertad de expresión, que incluye la posibilidad de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, de forma oral, escrita, impresa, en forma artística o por cualquier

611 Ver. Corte Constitucional, Sentencia T-366 de 2019 M.P. Alberto Rojas Ríos

612 Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón

613 Ibid.

otro medio elegido.⁶¹⁴ Asimismo, establece que el ejercicio de este derecho solamente podrá ser restringido en virtud de ley, siempre que la limitación sea necesaria para asegurar el respeto de los derechos de terceros, o para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública.⁶¹⁵ La redacción de esta disposición coincide ampliamente con los establecido previamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este último instrumento, consagra tres disposiciones adicionales que resultan determinantes para precisar el alcance de este derecho y de las medidas que lo pueden limitar. En primer lugar, advierte que la libertad de expresión no se puede restringir por vías o medios indirectos, como es el caso de los abusos en los controles oficiales o particulares en periódicos, frecuencias radioeléctricas o por otros medios que impidan la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.⁶¹⁶ También, indica que los espectáculos públicos pueden ser sometidos por medio de ley a censura previa con el único propósito de regular el acceso a ellos y proteger a la infancia y la adolescencia. En último lugar, establece que la ley deberá prohibir toda propaganda a favor de la guerra y toda apología al odio que incite a la violencia con alguna persona o grupo de personas.⁶¹⁷

De otro lado, el artículo 17 de la Convención señala que todos los medios de comunicación cumplen un papel determinante en la difusión de información y material de interés social y cultural que atienda a las necesidades de la población infantil, que promueva su bienestar, su salud y la comprensión entre los pueblos. Para este efecto, deberán desarrollar contenidos apropiados para la primera infancia que le permita acceder a la información y conocimiento al tiene derecho.⁶¹⁸ Asimismo, deberán implementar los mecanismos de control apropiados para evitar el contacto con material que afecte su bienestar emocional.⁶¹⁹

En Colombia la Constitución Política consagra en el artículo 20 las libertades de expresión e información.⁶²⁰ Adicionalmente, en el artículo 44 refiere entre los derechos fundamentales de los niños y las niñas la libertad de expresión.⁶²¹ Por su parte, la Corte Constitucional ha desarrollado una importante línea de jurisprudencia, en torno a la protección de estos derechos fundamentales. Específicamente, ha reconocido que la libertad de expresión «es un pilar del Estado Social de Derecho y un principio fundamental de los regímenes democráticos, donde se respeta la dignidad humana y se valora la participación de la ciudadanía y de todos los sectores para consolidar sociedades pluralistas y deliberativas».⁶²² También ha indicado que la libertad de expresión goza de una protección reforzada en su dimensión individual, esta es, la que faculta a cada persona para expresar sus pensamientos, ideas y opiniones, y en su dimensión colectiva que comprende la posibilidad de la sociedad o un grupo de buscar y tener acceso a estos pensamientos, ideas opiniones, informaciones y mensajes. Debido a esta protección especial, cualquier limitación que se pretenda imponer sobre las libertades debe necesariamente estar: (i) establecida previamente en la ley de forma clara y precisa; (ii) debe estar orientada a logro de uno de los objetivos establecidos en la norma; (iii) debe ser necesaria e idónea para una sociedad democrática logre fines imperiosos; y (iv) debe ser proporcionada para alcanzar estos objetivos.⁶²³ Por consiguiente, si no se verifican cada uno de estos elementos, no se podrá limitar la libertad de expresión.

614 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 13

615 Ibid.

616 Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) Artículo 13

617 Ibid.

618 Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 13

619 Ibid.

620 Constitución Política de Colombia, Artículo 20

621 Constitución Política de Colombia, Artículo 44

622 Corte Constitucional, Sentencia T-543 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera

623 Ibid.

Los niños y las niñas tienen el derecho a libertad de expresión, la cual se realiza en diferentes escenarios. Por un lado, comprende el respeto a la autonomía personal para expresar y para difundir el pensamiento, las opiniones y la información por los medios que consideren apropiados.⁶²⁴ Esta libertad está estrechamente ligada al derecho de la primera infancia a expresar su opinión y a que sea tenida en cuenta. Sin embargo, supone el apoyo activo de las familias, los medios de comunicación, el Estado y la sociedad en general de procurar y permitir que los niños y las niñas puedan expresar sus opiniones por los medios necesarios y adecuados.⁶²⁵ Para tal efecto se debe promover activamente el acceso de niñas y niños a medios de comunicación y oportunidades adecuadas para la expresión de sus ideas con la protección y el acompañamiento adecuados. Es necesario, asimismo, que los asuntos que interesan y afectan a la primera infancia sean debidamente comunicados. Esto se conecta con la libertad de información a la que tienen derecho niñas y niños y que comprende la posibilidad de acceder a recibir información veraz e imparcial sobre hecho, ideas y opiniones a través de los diferentes medios de expresión. Los niños y las niñas tienen el derecho a conocer información acerca de sus derechos y acerca de los asuntos que los afectan.⁶²⁶ El acceso a la información adecuada y veraz es indispensable en el desarrollo de niñas y niños. No obstante, se pueden establecer limitaciones sobre los contenidos a los acceden, siempre que sean indispensables para proteger su bienestar.⁶²⁷

Adicionalmente, la libertad de expresión abarca la prohibición de censura que tiene algunas excepciones que merecen ser revisadas porque están orientadas a proteger los derechos de la niñez. Por un lado, se encuentra la prohibición absoluta de difundir material de explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, también llamado de forma imprecisa «pornografía infantil».⁶²⁸ Existe un acuerdo internacional que la producción y difusión de este contenido supone una grave violación de los derechos humanos de esta población y en consecuencia se debe prohibir su difusión. Este entendimiento común ha sido determinante en las acciones de cooperación dirigidas a bloquear y desmontar este contenido de internet. Por otra parte, la prohibición de expresar apología al odio e incitar a la violencia, también protege de manera especial a la infancia porque busca evitar la circulación de contenidos que se oponen al respeto de los derechos humanos y que van en contravía al propósito de lograr el entendimiento entre los pueblos y la paz.⁶²⁹

Finalmente, el CDN ha reiterado la importancia de proteger la libertad de expresión de la niñez y de manera específica de la primera infancia. Asimismo, ha referido que esta libertad se diferencia del derecho de la niñez a expresar su opinión, debido a que esta última supone que la opinión sea considerada en la toma de decisiones que afectan a esta población. Por su parte, la libertad de expresión supone que no se limite el ejercicio en la divulgación y en el acceso a información, con las salvedades permitidas para la protección de derechos de la niñez y de terceros. De otro lado, el CDN ha expresado frente a las limitadas posibilidades que los niños tengan acceso a información relevante sobre asuntos que le interesan, así como contacto permanente con publicidad de todo tipo de productos que presenta ideas que se apartan de la realidad. En particular ha advertido el riesgo de la exposición a publicidad productos que afectan su salud. Estos son puntos que deben motivar medidas efectivas de parte de los Estados, porque los niños no diferencian la información de la publicidad, y su exposición permanente a este tipo

624 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005)

625 Ibid.

626 Corte Constitucional, Sentencia T-145 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

627 Ibid.

628 Corte Constitucional, Sentencia T-543 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera

629 Ibid.

de contenidos puede llevar a la violación de sus derechos.⁶³⁰ Al respecto, la CIPI ha hecho énfasis en la necesidad de brindar atenciones a la primera infancia que favorezcan la expresión libre, la profundización de las capacidades, habilidades y potencialidades de niñas y niños. Lo anterior demuestra que la garantía de la libertad de expresión supone necesariamente la garantía de otros derechos como la educación que permiten el desarrollo de capacidades necesarias para la manifestación de la expresión propia, así como el acceso a información.⁶³¹

Caso

En 2019 la Corte Constitucional profirió una sentencia que marcó un hito en la protección del derecho a la información de la niñez. La Corporación Colombiana de Padres y Madres – Red PaPaz, había desarrollado un mensaje de interés público que pretendía difundir en medios de comunicación con el propósito de proteger la salud de la población, en particular de niñas, niños y adolescentes.⁶³² El mensaje audiovisual refería información y datos de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) acerca de los efectos de la publicidad y el consumo habitual de productos comestibles ultra-procesados en la salud de la población infantil.⁶³³

Para difundir este mensaje de interés público, Red PaPaz estableció contacto con la oficina encargada de la contratación de la pauta de dos importantes canales privados de televisión, y solicitó el código, que es la autorización necesaria para pautar el mensaje. Sin embargo, la oficina determinó que el mensaje contenía afirmaciones que podían afectar los intereses comerciales de empresas de productos ultraprocesados. Por consiguiente, solicitó a Red PaPaz que proporcionara información de la OPS que respaldara la calificación de esos productos como 'comida chatarra'. Además, impuso otras exigencias para dilatar y frustrar su pauta. Aunque todas las afirmaciones estaban respaldadas por evidencia, Red PaPaz interpuso una acción de tutela contra los canales privados para evitar la censura previa del mensaje y permitir su difusión, ya que se trataba de un asunto de interés público para proteger los derechos de la infancia⁶³⁵

Los jueces de primera y segunda instancia concedieron el amparo al derecho fundamental a la libertad de expresión de Red PaPaz y a la libertad de información del público que comprende específicamente a la niñez. Resaltaron la prohibición de la censura previa y advirtieron el carácter informativo del mensaje de Red PaPaz.⁶³⁶

Posteriormente, la Corte Constitucional seleccionó el caso y advirtió la importancia de amparar la libertad de expresión de Red PaPaz, así como la libertad de información de la población, que comprende a niñas y niños en su calidad de receptores de este mensaje de bien público. Asimismo, hizo énfasis en que la conducta desplegada por los canales privados además de vulnerar derechos fundamentales por constituir censura previa; contrariaba los principios que orientan la prestación del servicio público de televisión. Por esta razón, confirmó los fallos de los jueces de instancia y además impartió una orden a la Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), que hoy debe cumplir la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), consistente en «adoptar medidas que, directa o indirectamente, impliquen un control previo sobre la información que se pretenda transmitir en los espacios de televisión concesionados por el Estado o realizar una revisión previa del comercial pautado para modificar, recortar, prohibir su

630 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2005)

631 Manual Operativo: Sistema de Seguimiento al Desarrollo Integral de la Primera Infancia, CIPI Versión 3, agosto de 2022

632 Corte Constitucional, Sentencia T-145 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

633 Ibid.

634 Ibid.

635 Ibid.

636 Ibid.

divulgación o suspender la transmisión de su contenido informativo, en uso del servicio público de televisión». ⁶³⁷

14. Libre desarrollo de la personalidad

El artículo 12 de la Convención establece la obligación de garantizar que las niñas y los niños estén en condiciones de formarse un juicio propio y de expresar libremente su opinión en todos los asuntos que les puedan afectar. ⁶³⁸ Asimismo, indica que la opinión del niño o la niña se deberá tener en cuenta en función de su edad y madurez. ⁶³⁹ Por otro lado, el artículo 13 de la Convención consagra la libertad de expresión que comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. ⁶⁴⁰ Estas disposiciones son determinantes en la construcción del libre desarrollo de la personalidad que establece de manera expresa la Constitución Política de Colombia en el artículo 16 de la siguiente manera: «Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico». ⁶⁴¹ Este derecho se le reconoce a la primera infancia en el virtud de lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política y en el artículo 37 del Código de la Infancia y la Adolescencia. ⁶⁴²

El derecho al libre desarrollo de la personalidad proviene del reconocimiento de la dignidad humana. Como lo ha referido la Corte Constitucional, su «núcleo esencial protege la libertad general de acción, involucrando el derecho a la propia imagen y la libertad sexual, entre otras manifestaciones de la personalidad merecedoras de protección». ⁶⁴³ Asimismo, ha manifestado que esta libertad busca «proteger la potestad del individuo para autodeterminarse; esto es, la posibilidad de adoptar, sin intromisiones ni presiones de ninguna clase, un modelo de vida acorde con sus propios intereses, convicciones, inclinaciones y deseos, siempre, claro está, que se respeten los derechos ajenos y el orden constitucional». ⁶⁴⁴

El reconocimiento de este derecho ha tenido especial importancia en decisiones sobre diferentes temáticas. ⁶⁴⁵ No obstante, cuando los asuntos involucran a la primera infancia es frecuente que surjan dudas acerca del alcance del ejercicio de esta libertad. ⁶⁴⁶ Esto se debe a dos razones fundamentales. Por un lado, las normas civiles relacionadas con la capacidad de los individuos para adquirir derechos y contraer obligaciones, establecen de manera categórica que los niños y las niñas «son absolutamente incapaces». ⁶⁴⁷ Por otra parte, la evolución de las facultades de esta población origina interrogantes acerca de qué decisiones puede tomar directamente el infante, y cuáles deben ser tomadas o apoyadas por sus padres. ⁶⁴⁸

Respecto de lo anterior, es necesario precisar que las normas sobre la capacidad legal buscan proteger a la niñez y están orientadas a que sus padres, madres y cuidadores específicos puedan representarlos en la toma de decisiones que los afectan. ⁶⁴⁹ Sin embargo, estas normas no desconocen de ninguna manera que las niñas y los niños sean también titulares de los derechos humanos consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales, entre

⁶³⁷ Ibid.

⁶³⁸ Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 12

⁶³⁹ Ibid.

⁶⁴⁰ Convención sobre los Derechos del Niño (1989) Artículo 13

⁶⁴¹ Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 16

⁶⁴² Constitución Política de Colombia (1991) Artículo 44 establece en la última frase del primer inciso: «Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia». Por su parte el artículo 37 del Código de la Infancia y la Adolescencia consagra: «Los niños, las niñas y los adolescentes gozan de las libertades consagradas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Forman parte de estas libertades el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio».

⁶⁴³ Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁶⁴⁴ Ibid.

⁶⁴⁵ Ver. Corte Constitucional, Sentencia C-221 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁶⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU - 642 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶⁴⁷ Código Civil (Ley 84 de 1873) Artículo 1504. La noción de la incapacidad absoluta hace referencia a la imposibilidad de celebrar actos jurídicos (unipersonales o bilaterales como contratos por ejemplo) por medio de los cuales adquieren derechos y obligaciones. El efecto de la incapacidad absoluta es la posible declaratoria de nulidad absoluta aun de oficio por parte de un juez.

⁶⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2006) Pág. 9

⁶⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU - 642 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

los cuales se encuentra el libre desarrollo de la personalidad.⁶⁵⁰ El ejercicio de esta libertad en la primera infancia guarda relación con la evolución de las facultades de cada niño y niña. A medida que adquieren progresivamente conocimientos, competencias y comprensión pueden ejercer su libertad con mayor amplitud.⁶⁵¹ Por esta razón, la Corte Constitucional ha señalado que «la protección deparada por el anotado derecho fundamental es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales - se supone - son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad».⁶⁵² De igual manera, ha reconocido que entre «mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquellas».⁶⁵³

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha reconocido que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho de carácter relacional, que protege la autonomía de las personas en la toma de decisiones específicas.⁶⁵⁴ También ha señalado que el ejercicio de este derecho puede resultar afectado por dos situaciones diferentes. De una parte, por decisiones o acciones que solamente interesan a quien las adopta y que no persiguen la protección de derechos de terceros, ni de valores objetivos del ordenamiento.⁶⁵⁵ Estas intromisiones en el ejercicio de la autonomía no están autorizadas, por lo que las autoridades deben proteger de manera absoluta el libre desarrollo de la personalidad.⁶⁵⁶ Lo anterior, se ha observado en decisiones que pretenden interferir en la identidad sexual, frente a las cuales la Corte Constitucional ha señalado que «no cabe determinismo extraño».⁶⁵⁷ Por otro lado, se encuentran las decisiones que persiguen la protección de derechos de terceros o que se relacionan con valores objetivos del ordenamiento. Estas resultan admisibles siempre que se demuestre, luego de un escrutinio estricto, que son razonables y proporcionadas.⁶⁵⁸ Para este propósito se debe verificar: (i) si la decisión o medida persigue una finalidad constitucional; (ii) si es idónea para alcanzar tal finalidad; (iii) si la medida es necesaria, por no existir una medida razonable menos limitativa de la libertad igualmente eficaz; y (iv) si el sacrificio de la autonomía resulta adecuado y estrictamente proporcional para alcanzar la finalidad establecida.⁶⁵⁹

Respecto del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad en la primera infancia, resulta claro que se amplía a medida que las niñas y los niños maduran y adquieren mayor conciencia y entendimiento acerca de las decisiones que los afectan.⁶⁶⁰ Sin embargo, se debe reconocer la evolución de las facultades de autodeterminación de cada niña y niño, en orden a proteger sus decisiones y sus demás derechos. Como lo ha manifestado el CDN: «respetar las facultades en desarrollo de los niños pequeños es esencial para la realización de sus derechos, y especialmente importantes durante la primera infancia, debido a las rápidas transformaciones que se dan en el funcionamiento físico, cognitivo, social y emocional del niño, desde la más tierna infancia hasta los inicios de la escolarización».⁶⁶¹

Por esta razón, es necesario que madres, padres y cuidadores promuevan el ejercicio de la libertad en la primera infancia de acuerdo con la evolución de sus facultades y brinden el apoyo necesario para fortalecer su capacidad de ejercer sus derechos.⁶⁶² El debido acompañamiento es determinante para el ejercicio del derecho de participación, así como la libertad de conciencia, entre otras.⁶⁶³

650 Ibid.

651 Ibid.

652 Ibid.

653 Ibid.

654 Ibid.

655 Ibid.

656 Ibid.

657 Corte Constitucional, Sentencia T - 477 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero

658 Corte Constitucional, Sentencia SU - 642 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

659 Ibid.

660 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7 (2006) Pág. 9

661 Ibid.

662 Ibid.

663 Ibid.

Caso

En 1998 la Sala Plena de la Corte Constitucional se reunió para unificar su criterio respecto de la potestad que pueden o no ejercer las instituciones educativas para adoptar reglamentos que impongan a sus estudiantes cortes de pelo específicos. La decisión de unificar la jurisprudencia se tomó porque en años anteriores las Salas de Revisión de Tutelas adoptaron decisiones diferentes en relación frente a esa situación. Mientras que unas indicaron que las instituciones educativas no podían adoptar decisiones que afectaran el libre desarrollo de la personalidad,⁶⁶⁴ otras indicaron que la consagración abstracta de ciertas reglas de presentación personal no era inconstitucional.⁶⁶⁵ Sin embargo, el asunto que se revisó con el propósito de unificar la jurisprudencia era especialmente relevante porque involucraba a una niña de cuatro (4) años.⁶⁶⁶

En la ciudad de Bogotá D.C. una niña de cuatro (4) hija ingresó al Jardín Infantil al que asistían los hijos de los reclusos de la penitenciaría «La Picota». El reglamento interno del Jardín que aceptaban los padres al momento de formalizar la matrícula establecía que los niños debían llevar el pelo corto con el propósito de prevenir el contagio de pediculosis capilar (piojos y liendras). Sin embargo, el padre de la niña se opuso a esta exigencia porque su hija quería tener el pelo largo, y le afectaba que se lo tuvieran que cortar para acceder al servicio educativo. Por este motivo, presentó una acción de tutela en contra del Jardín, con el fin de que su hija pudiera acceder al servicio sin necesidad de que le cortaran el pelo. El juez de primera instancia tuteló el derecho de la niña y le prohibió al Jardín que hiciera efectiva la exigencia de llevar el pelo corto. Sin embargo, el Jardín impugnó la decisión porque decía que la medida tenía una finalidad protección de salud. El juez de segunda instancia revocó la decisión de primera instancia y le permitió al Jardín aplicar su reglamento sin ninguna restricción.⁶⁶⁷

El caso fue seleccionado por la Corte Constitucional que propuso este caso para unificar su jurisprudencia sobre el alcance del libre desarrollo de la personalidad. En su examen el alto tribunal advirtió que a medida que los niños y las niñas van creciendo y madurando fortalecen el ejercicio y la capacidad de autodeterminación. Incluso durante la primera infancia las niñas y los niños pueden manifestar opiniones y tomar decisiones sobre temas que los afectan, entre ellas, las relacionadas con su apariencia personal.⁶⁶⁸

Para determinar si el reglamento del Jardín era o no compatible con la protección de los derechos de la primera infancia, la Corte Constitucional inició su revisión verificando si perseguía o no una finalidad legítima.⁶⁶⁹ Al respecto, corroboró que el Jardín había adoptado esta regla para proteger la salud y por esta razón señaló que se debía aplicar el escrutinio estricto para determinar si la medida era razonable y proporcionada. Al aplicar este examen, confirmó con médicos especialistas que la medida no solo no era eficaz para prevenir el contagio de pediculosis capilar,⁶⁷⁰ sino que había alternativas menos limitativas de los derechos con el uso de medicamentos altamente efectivos. Por lo anterior, concluyó que la medida no era proporcionada y afectaba el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, no solo de la niña sino de los demás estudiantes del Jardín. En consecuencia, revocó la decisión adoptada por el juez de segunda instancia y en su lugar le ordenó al Jardín que modificara su reglamento a fin de hacerlo compatible con la garantía de los derechos de la primera infancia.⁶⁷¹

664 Ver. Corte Constitucional, Sentencias T-065 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón, T-476 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T-248 de 1996 Jorge Arango Mejía

665 Ver. Corte Constitucional, Sentencias T-366 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-633 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

666 Corte Constitucional, Sentencia SU - 642 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

667 Ibid.

668 Ibid.

669 Ibid.

670 Ibid.

671 Ibid.