

**ANALISIS JURISPRUDENCIAL EN DERECHO DE FAMILIA
2002 - 2003**

**ANA MARÍA ANGEL ARBOLEDA
ELIANA LUCÍA ENTRALGO RODRIGUEZ
LUCÍA INÉS OROZCO DAZA
MARCELA DEL PILAR ORTEGÓN MOJICA**

Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado

**Doctor Hernando Gutiérrez
Abogado
Director Departamento de Sociología y Política Jurídica**

**Pontificia Universidad Javeriana
Facultad de Ciencias Jurídicas
Bogotá
2005**

NOTA DE ADVERTENCIA

Artículo 23 de la Resolución No. 13 de Julio de 1946:

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas en anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

INTRODUCCION

El siguiente trabajo de grado constituye la continuación del trabajo de investigación jurisprudencial en temas de familia, que se ha venido llevando a cabo desde el año 1991 por parte del grupo de investigación en familia perteneciente al Departamento de Derecho Privado.

El presente trabajo de investigación estuvo precedido de una metodología específica, la cual tuvo como primer paso la identificación de las sentencias de la Corte Constitucional correspondientes a los años 2002 y 2003 respecto de los siguientes temas: Familia, Intimidación Familiar, Unidad Familiar, Maternidad, Paternidad, Padres, Hijos, Relación Paterno Filial, Derechos Padres e Hijos, Derechos del menor, Obligaciones Padres e hijos, Patria Potestad, Alimentos, Adopción, Matrimonio, Cónyuge, Sociedad Conyugal, Separación de Cuerpos, Separación de Bienes, Divorcio, Unión Marital de Hecho, Compañero Permanente, Sociedad Patrimonial y Estado Civil.

Un segundo paso en la metodología fue la selección de sentencias, seguido del procesamiento de las mismas, para lo cual se elaboraron unas fichas mediante las cuales se busco extraer de las respectivas sentencias lo dicho por parte de la corte constitucional sobre los temas de familia; para lo anterior, se identificaron los problemas jurídicos tanto de las sentencias de constitucionalidad, como de las sentencias de tutela; Así mismo en las consideraciones de la Corte Constitucional se identifico la Ratio Decidendi (en color rojo), y el Obiter Dicta (en color blanco), y en azul los conectores de los documentos constitucionales elaborados.

El último paso fue la realización de los documentos constitucionales los cuales se encuentran divididos temáticamente, en ellos se plasman las consideraciones mas relevantes de la Corte Constitucional, sobre cada uno de los temas de familia anteriormente mencionados correspondientes a los años 2002 y 2003.

TABLA DE CONTENIDO

FAMILIA

1. Origen de la Familia
2. Alcance del Derecho a la Familia
3. Protección constitucional a la familia
4. Conexión con otros Derechos
5. Competencia del Juez para intervenir en la Relaciones familiares
6. Patrimonio de Familia

INTIMIDAD FAMILIAR

1. Protección Constitucional
2. Limitación a la Intimidad Familiar

UNIDAD FAMILIAR

1. Casos específicos que limitan la Unidad Familiar

MATERNIDAD

1. Derecho A La Maternidad
 - 1.1 En La Adopción
2. Protección De La Maternidad
 - 2.1 Protección A La Estudiante En Embarazo
 - 2.2 Licencia De Maternidad
3. Derechos Y Deberes En El Ejercicio De La Maternidad

PATERNIDAD

1. Maternidad Y Paternidad Como Figuras Jurídicas Reconocidas
2. Derechos Y Deberes De Los Padres Frente Al Hijo Recién Nacido
 - 2.1 Licencia De Paternidad
 - 2.1.1 Como Derecho De Los Niños Y Deber Del Padre

2.1.2. Como Importancia Social

3. Prueba De Paternidad

3.1 Acción De Investigación

3.2 Presunción De Paternidad

PADRES

- 1.La función de los Padres dentro de la Familia.
- 2.Igualdad de los Hijos dentro de la Familia
- 3.Deberes y Derechos de los Padres

HIJOS

- 1.Igualdad entre los hijos
- 2.Derechos de los Hijos
- 3.Mecanismos de Protección de los Hijos

RELACION PATERNO - FILIAL

- 1.Derecho a los Menores a tener una Personalidad Jurídica
2. La Paternidad como Derecho Fundamental

DERECHOS PADRES E HIJOS

1. Prevalencia de los intereses de los menores y el equilibrio con los derechos de los padres.
- 2.Derechos de los padres

DERECHOS DEL MENOR

1. Derechos Del Menor Frente A La Adopción.
2. Derechos Fundamentales Del Menor Y Su Consagración En Instrumentos Internacionales.
3. El Principio De La Prevalencia De Los Derechos De Los Niños Sobre Los Derechos De Los Demás.
4. La Familia Como Derecho Del Menor.
5. Consagración Constitucional De Los Derechos Del Menor, Sus Derechos Fundamentales Y El Respeto De Los Mismos Por Parte De Las Autoridades Públicas.

6. Criterios Para Determinar El Interés Superior Del Menor En Los Casos De Adopción.

OBLIGACIONES PADRES E HIJOS

1. Obligaciones De Los Padres.
2. La Licencia De Paternidad Y Las Obligaciones De Los Padres Que Se Derivan De La Misma.
3. Progenitura Responsable.

PATRIA POTESTAD

1. Patria potestad de los padres cuando el cuidado de los menores esta en cabeza de otros
2. La patria potestad sobre aquel que se va a dar en adopción
3. Atributos de la patria potestad
 - 3.1. Usufructo y administración

ALIMENTOS

1. Alimentos como obligación y como derecho
 - 1.1 como obligación
 - 1.1.1 características de la obligación alimentaria
 - 1.1.2 obligación alimentaria frente a los derechos del menor
 - 1.1.3 relevancia constitucional y fundamentos de la obligación alimentaría
 - 1.2 como derecho
 - 1.2.1 la prevalecía de los derechos de los niños frente al derecho de alimentos y la prelación de créditos.
2. Incumplimiento de la obligación de dar alimentos
 - 2.1 embargos en proceso de alimentos
3. Derecho de alimentos en personas diferentes al menor
 - 3.1 derecho de alimentos entre cónyuges divorciados
 - 3.2 alimentos entre compañeros permanentes
 - 3.3 obligación alimentaría de los abuelos

ADOPCIÓN

1. Definición
2. Fundamento Constitucional
3. Prevalencia de los Derechos del Menor

4. La adopción como mecanismo alternativo para constituir una familia
5. Requisitos
6. Familia Adoptiva

EL MATRIMONIO

1. Elementos del Matrimonio
2. Normas aplicables a la institución del Matrimonio
3. La nulidad del Matrimonio Católico
 - 3.1 Actuación de las autoridades eclesiásticas y su ámbito de aplicación
4. Matrimonio entre madre adoptante e hijo adoptivo como causal de nulidad

CÓNYUGE

1. Obligaciones entre los cónyuges.
2. Protección del cónyuge en el evento de una enfermedad o discapacidad grave.
3. Limitantes a las obligaciones conyugales y su fundamento constitucional.

LA SOCIEDAD CONYUGAL

1. Como se genera la sociedad conyugal
2. Régimen de administración de los bienes sociales
3. La sociedad conyugal en los matrimonios celebrados en el exterior.

SEPARACIÓN DE CUERPOS

1. Diferencias entre separación de bienes y separación de cuerpos

SEPARACION DE BIENES

1. Diferencias con Separación de Cuerpos
2. Régimen de Separación de Bienes

DIVORCIO

1. Disolución del vínculo matrimonial.
2. Obligaciones entre los cónyuges y el deber de solidaridad en sus relaciones.
3. Enfermedad grave e incurable de uno de los cónyuges como causal de divorcio.

LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

1. Definición de la Unión Marital de hecho.
2. Evolución de la Unión Marital de hecho.
3. Requisitos para la existencia de la Unión Marital de hecho.
4. El estado Civil en la Unión marital de hecho.

COMPAÑERO PERMANENTE

1. Concepto
2. Paralelo con la condición de Cónyuge
3. Condición jurídica del Compañero Permanente
4. Diferencias entre unión marital de Hecho y Matrimonio

SOCIEDAD PATRIMONIAL

1. Definición Unión Marital de Hecho
2. Presunción de Sociedad Patrimonial
3. Conformación de la Sociedad Patrimonial
4. Disolución y Liquidación de la Sociedad Patrimonial

ESTADO CIVIL

1. Concepto de estado civil/ registro civil de nacimiento.
2. La unión marital de hecho no crea un estado civil.

FAMILIA

1. Origen de la Familia
2. Alcance del Derecho a la Familia
3. Protección constitucional a la familia
4. Conexión con otros Derechos
5. Competencia del Juez para intervenir en la Relaciones familiares
6. Patrimonio de Familia

En las sentencias de la corte en los años 2002 y 2003, la corte se refirió a la Familia, en las sentencias T-1098 de 2002, T-1033 de 2002, T-336 de 2003, T-360 de 2002, C-560 de 2002, T-680 de 2002, T-785 de 2002, T-227 de 2003 y T-288 de 2003.

En las anteriores sentencias, la Corte se pronunció respecto a los siguientes temas:

- La Corte mencionó como podía tener origen la institución de la familia, así como también la especial protección que dicha figura tiene para el Estado.
- La Corte también se refirió al alcance del derecho a la familia.
- Por otro lado, se expuso la relación del derecho a la familia con otros derechos constitucionales como lo es la el derecho a la información.
- A su vez, la Corte definió el ámbito de competencia del juez al momento de intervenir dentro de las relaciones que surgen en la familia.
- Por último, este texto expondrá el punto de vista de la Corte, respecto de la figura del Patrimonio de Familia y la Afectación a vivienda familiar.

1. ORIGEN DE LA FAMILIA:

Para la Corte Constitucional, La familia puede tener origen tanto en el matrimonio como también en la Unión Marital de Hecho, dándosele a ambas, la misma protección a la luz del derecho a la igualdad Así lo sustenta en las sentencias T-1098 de 2002 , sentencia T – 1033-02 y T-336 del 2003:

No se puede perder de vista que la unión marital de hecho al igual que el matrimonio, tienen relación con el consentimiento del hombre y la mujer para formar una familia. Por ello, la Sala Plena de esta Corporación en sentencia C-533 de 2000 al referirse al artículo 42 de la Constitución Política dijo: “La hermenéutica de la disposición anterior lleva al interprete a extraer dos conclusiones: Una primera, según la cual la familia puede tener origen bien en

vínculos jurídicos emanados del matrimonio, o bien en vínculos naturales provenientes de la voluntad responsable de conformarla. Y una segunda conforme con la cual, sin importar cuál de las formas ha sido escogida para fundar la familia, ella, en cualquier evento, es vista como el núcleo fundamental de la sociedad por lo cual siempre merece la protección del Estado. Lo anterior lleva también a la conclusión de que el constituyente previó dos formas de unión entre el hombre y la mujer con miras a fundar la familia: el matrimonio y la unión libre o unión de hecho.”. (sentencia T – 1098- 02)(O.D)

Para el efecto téngase en cuenta que de la misma naturaleza de las dos formas del origen familiar -según se constituya por vínculos naturales o jurídicos-, surgen diferencias en lo relacionado con los medios de probar su existencia: el matrimonio, como contrato solemne, tiene los suyos, señalados en la ley¹ y la unión marital de hecho, los suyos. (Sentencia T-336-03).(O.D)

¹ En la sentencia C-034 de 1999 la Corte dijo al tratar el tema del Estado Civil de las personas, lo siguiente:

3.1. Conforme a lo dispuesto por el artículo 42, inciso final, de la Constitución Nacional, corresponde a la ley determinar “lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”, es decir, lo concerniente a la situación jurídica que una persona ocupa en la familia y en la sociedad.

3.2. De esta suerte, el Estado, en virtud de su soberanía, se atribuye para sí la facultad no sólo de regular lo atinente a esa situación jurídica particular y concreta de cada persona en relación con la sociedad y la familia de que forma parte por vínculos jurídicos o naturales, sino que, además, por conducto de los funcionarios competentes, se ocupa de que “los hechos y los actos” relativos al mismo, se inscriban en el “registro del estado civil de las personas” (Decreto-Ley 1260 de 1970, artículo 5°).

3.3 Como se sabe, tres son las inscripciones básicas del registro del estado civil de las personas, a saber: el nacimiento, el matrimonio y la defunción, cuyo registro se encuentra reglamentado, de manera especial en los títulos VI, VII y VIII del Decreto-Ley 1260 de 1970, que derogó y sustituyó al estatuto anterior, contenido en la Ley 92 de 1938 los decretos 1.003 de 1939, 160 y 1135 de 1940.

3.4. Dada la trascendencia personal, social y jurídica del matrimonio, el artículo 72 del Decreto-Ley 1260 de 1970, preceptúa que en el respectivo folio de registro del matrimonio, se inscriban también las providencias que declaren su nulidad o el divorcio, así como las que decreten la separación de cuerpos o la de bienes entre los cónyuges, por una parte; y, de otra, ordena además que copia de la inscripción tanto del matrimonio como de la providencia que decreta su nulidad o el divorcio, se envíen, también, a la oficina en donde se encuentre la inscripción del registro de nacimiento de los cónyuges.

Una interpretación de los artículos 5 y 42 de la Carta Política permite afirmar que la igualdad que propugna la Carta entre las uniones familiares surgidas de vínculos naturales y la conformada por vínculos jurídicos, abarca no sólo al núcleo familiar como tal, sino también a cada uno de los miembros que lo componen, puesto que estas disposiciones guardan íntima relación con el artículo 13 Superior, que prescribe: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua religión, opinión política o filosófica (..)" (Subraya la Corte). (sentencia T – 1033-02) (O.D)

2. ALCANCE DEL DERECHO A LA FAMILIA

Para la Corte, no solo los niños son los titulares del derecho a la familia. Esta situación la expresa de la siguiente manera:

Esta Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto al contenido y alcance del derecho a la familia² determinando que es un presupuesto para la materialización de otros derechos fundamentales, especialmente del niño, pues los lazos de afecto y solidaridad contribuyen a la formación integral de una persona, quien edifica allí un espacio privilegiado en donde desarrolla criterios de identidad personal y social. Ello significa que no sólo los niños son titulares del derecho a tener una familia, sino que además se trata de un derecho de doble vía que también se predica de los adultos, quienes tienen derecho a ser protegidos contra actos arbitrarios del Estado o de los particulares que tiendan a negarles el mencionado derecho.³ (Sentencia T-360-02) (O.D)

3. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL:

La Constitución Política de 1991 estableció dentro del catálogo de principios fundamentales (Art. 5) la protección de la familia como institución básica de la sociedad y en concordancia con ello el artículo 42 Superior prescribió que ésta se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Así esta norma establece el deber de protección integral de la familia a cargo del Estado y de la sociedad. (sentencia T – 1033-02) (O.D)

² Cfr. entre otras, las Sentencias T-523/92, T-429/92, T-447/94, T-383/96, T-587/98, C-093/01.

³ Ver Sentencia T-587/98

De esta manera, tanto la familia constituida por vínculos jurídicos como la formada al margen de éste es igualmente digna de respeto y protección por parte del Estado. (sentencia T – 1033-02)(O.D)

En nuestro país, el artículo 5° de la Carta le impone al Estado el deber de proteger a la familia como institución básica de la sociedad y el artículo 42 la considera como el núcleo fundamental de ella y dispone que el Estado y la sociedad garantizan su protección integral. En esa dirección, el constituyente consagró la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, consideró especialmente a los niños como titulares de derechos fundamentales y suministró especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad. Además, el artículo 42, desarrollando uno de los ámbitos de protección de la familia, señala que la ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. (sentencia C – 560-02)(O.D)⁴

La Corte Constitucional, afirma también, que la protección a la familia puede verse desde un punto de vista sociológico y jurídico. Dicha afirmación, la sustenta de la siguiente manera:

En efecto, el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y en especial ampara a la familia, no sólo desde el punto de vista sociológico sino jurídico; cuanto lo primero porque aquella es el conjunto de personas que tienen un vínculo consanguíneo y está integrada por los padres y los hijos y cuanto lo segundo porque la familia se define como el núcleo fundamental de la sociedad; de manera que dada la importancia que el constituyente otorgó a la familia es obligación del Estado ampararla y de hecho, como acertadamente lo advierte el Tribunal Superior Sala Penal al conocer de la acción de tutela interpuesta, la Corte Constitucional en Sentencia del 5 de julio admitió la procedencia de la acción de tutela contra aquella providencia judicial que ordenó la expulsión del territorio nacional de un extranjero que demostró ser padre de familia” (sentencia T – 680-02)(O.D)

No obstante lo anterior, la Corte reconoce que la protección a la institución de la Familia no es absoluta, pues hay ámbitos dentro ella en los cuales la ley no puede entrar a imponer obligaciones.

Desde la sentencia T-277 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en un caso similar al que ocupa esta revisión, la Corte sostuvo que el Estado colombiano ampara a la familia como institución básica de la sociedad (art. 5 C. P.), pero esa protección especialísima encuentra limitaciones que se desprenden de la naturaleza misma del derecho, como por ejemplo, la imposibilidad -ya reconocida por esta Corte-, de

⁴ Lo anterior fue reiterado en la sentencia T-1098 de 2002

obligar a los padres a proporcionar a sus hijos el amor al que éstos tienen derecho, cuando aquellos simplemente no lo sienten, o la imposibilidad de imponer la convivencia a los cónyuges que la encuentran impracticable. (sentencia T-785-2002 (O.D).

En cuanto a la estructura de los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor no es diferente a la estructura de cualquier derecho: se trata de una relación de tres elementos, a saber, el titular, los obligados y el objeto del derecho (equivalente al objeto de la obligación correlativa). (Sentencia T-680-03) (R.D)

1. Los titulares de estos derechos son todos los menores de 18 años (arts. 44 y 93 de la Constitución, art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 165 del Código del Menor –D. 2737/89). En especial, el menor recién nacido es sujeto de especial protección dado el grado de dependencia e indefensión en el que se encuentra, a diferencia de menores de edad que ya gozan de un desarrollo físico, psicológico y emocional que les permita adoptar autónomamente algunas de sus decisiones sin la anuencia necesaria de sus padres. (Sentencia T-680-03) (R.D)

2. Los obligados de los mencionados derechos son diversas personas, entre ellas, la familia (en especial los padres), la sociedad y el Estado. En efecto, el artículo 44 inciso 2º de la Constitución establece que los mencionados “tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Así las cosas, una obligación constitucional compartida entre familia, sociedad y Estado de garantizar realizar efectivamente los derechos de los menores. (Sentencia T-680-03) (R.D)

3. Precisamente por tratarse de derechos fundamentales con multiplicidad de obligados se plantea una indeterminación en uno de los elementos de la estructura del derecho, a saber, de la cadena de obligados y su orden de prelación. La familia, la sociedad y el Estado son los llamados conjuntamente a cumplir con las obligaciones correlativas. Ya la concreción del alcance de las respectivas colocadas en cabeza de cada uno de los obligados es una decisión que corresponde al legislador, dentro del respeto del marco constitucional. La indeterminación del extremo de los obligados requiere entonces, en principio, la intervención del legislador, mas aun cuando las prestaciones positivas necesarias para hacer efectiva la dimensión prestacional del derecho fundamental deben ser concretadas respetando los principios de solidaridad, igualdad y proporcionalidad de las cargas en la asignación de obligaciones para la realización de los derechos fundamentales. (Sentencia T-680-03) (R.D)

Ahora bien, cuando el legislador delimita y precisa las obligaciones en cabeza los constitucionalmente obligados a garantizar los derechos fundamentales del menor, se elimina el grado de indeterminación que, en principio, dificulta la exigibilidad judicial del derecho fundamental. La concreción de las referidas obligaciones ha tenido parcialmente lugar mediante la consagración de la licencia remunerada de paternidad, medio escogido por el legislador para realizar progresivamente los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del menor recién nacido. (Sentencia T-680-03) (R.D)

...Finalmente, en lo que respecta al objeto de los referidos derechos (y de las obligaciones correlativas), al igual que la generalidad de los derechos, tales derechos tienen tanto una dimensión negativa como una positiva. Ello porque no sólo prohíben actuaciones que desconozcan la relación protegida por el derecho, por ejemplo la violencia, maltrato o el abandono, sino también omisiones que impliquen el desconocimiento de las obligaciones positivas correlativas, a saber, todas aquellas acciones necesarias para procurar la protección y el cuidado indispensables para el sano desarrollo físico, afectivo, intelectual y moral del menor. (Sentencia T-680-03) (R.D)

Por otro lado, cuando la protección al derecho a la Familia se pretende hacer valer a un menor abandonado,

Para la Corte no cabe duda de que un menor abandonado, tiene derecho a recibir protección por parte del Estado, y una de las formas de hacerlo puede consistir en la adopción, medida de protección por excelencia, previo el riguroso cumplimiento de ciertos requisitos por parte del futuro adoptante y del hijo adoptivo. Pero aunque la adopción pueda ser la más preferible de las medidas de amparo para un menor abandonado, no siempre será posible ya sea por sus condiciones personales, por la situación de los eventuales adoptantes, o por circunstancias externas. En estos casos, aún cuando existe el deber de protección por parte del Estado, no puede afirmarse que éste necesariamente tendrá que reflejarse mediante la aprobación de la adopción. (Sentencia T-360-2002) (R.D).

4. CONEXIÓN CON OTROS DERECHOS

Por otro lado, la corte establece que el derecho a la familia esta íntimamente ligado con otros derechos constitucionales. La Corte en la sentencia T-227 de 2003, se refiere más concretamente al derecho a la información.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la existencia misma de la sociedad y fenómenos sociales –constitucionalmente relevantes- como la familia y la

personalidad, dependen de la información. El derecho fundamental a conocer al padre o las responsabilidades derivadas de la paternidad, tienen como supuesto que existe determinada información que debe circular. Lo mismo puede predicarse de la nacionalidad: el hecho de nacer en Colombia o de padres colombianos, es un dato que debe o puede verificarse. Es información. (Sentencia T-227-03)(O.D)

La Constitución también ha establecido extremos en cuanto al acceso y a la circulación de la información. Así, el derecho a la intimidad (art. 15) protege a las personas, a las familias y a las empresas del acceso a determinada información. (Sentencia T-227-03)(O.D)

5. COMPETENCIA DEL JUEZ PARA INTERVENIR EN LAS RELACIONES FAMILIARES:-

La familia es un santuario, pero no un santuario vedado al juez ni inmune a los mandatos constitucionales. Un juez no puede, por ejemplo, so pretexto del respeto a la intimidad de la familia, hacer ojos ciegos a los casos en los que menores son sometidos a tratos crueles e inhumanos o a vejaciones degradantes. Pero por otra parte, como ya se anotó, la Constitución también demanda al juez de tutela consideración para la intimidad familiar. Los padres tienen un amplio margen para decidir cómo desean educar a sus hijos. No todos los miembros de una familia son iguales, tienen las mismas cualidades, los mismos defectos o el mismo carácter. La Constitución confió a los padres la decisión de cuál debe ser el trato que debe recibir cada uno de los hijos para su adecuada formación. En virtud de garantías tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 15 de la C.P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.), y el derecho a la familia (art. 42 de la C.P.), la vida familiar sólo puede ser objeto de la intervención del juez constitucional en los casos en los que haya razones de suficiente entidad para ello, porque se evidencian transgresiones al orden constitucional, en especial porque se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de quienes la componen, sin que exista un medio judicial alternativo de protección. **(Sentencia T-288-03)(R.D)**

6. EL PATRIMONIO DE FAMILIA Y LA AFECTACIÓN A VIVIENDA FAMILIAR:

La figura del patrimonio de familia, es un instrumento que le facilita al Estado la protección a la institución de la familia, dicha figura fue definida en la ley 70 de 1931 de la siguiente manera:

El patrimonio de familia en nuestro país fue establecido por la Ley 70 de 1931. Se trata de un patrimonio especial con calidad de no embargable que puede constituirse por acto testamentario o por acto entre vivos sobre un bien inmueble que no se posea con otra persona, no afectado con hipoteca y cuyo valor no sea superior de 250 salarios mínimos legales mensuales. El patrimonio se constituye a favor de los cónyuges y compañeros o de éstos y sus hijos o de los menores de edad que estén en segundo grado de consanguinidad y es constituido por los cónyuges o compañeros o por uno de ellos o incluso por un tercero en las circunstancias indicadas en la ley. (sentencia C – 560-02)(O.D)

La Corte a su vez, buscó en su doctrina señalar cual es el fundamento de la existencia del Patrimonio de Familia, señalando lo siguiente:

Como puede advertirse, el patrimonio de familia es una institución orientada a proteger la casa de habitación como uno de sus haberes más importantes pues el Estado tiene especial interés en que cada familia asegure un lugar en el cual radicarse y a partir del cual desplegar la existencia. Ese interés es explicable pues la vivienda digna es hoy un derecho constitucional de segunda generación que puede incluso asumir el carácter de fundamental cuando entra en estrecha relación con un derecho de esa naturaleza⁵. Mucho más si de la familia hacen

⁵ Esta Corporación reiteradamente ha resaltado la importancia que la vivienda tiene en la realización de la dignidad del ser humano. Así, en la Sentencia C-575-92, M. P. Alejandro Martínez Caballero, expuso: "*La dignidad comprende varias dimensiones de la vida del hombre. Básicamente ella implica un conjunto de condiciones materiales y espirituales de existencia que permita vivir y vivir con cierta calidad, con el fin de permitir un espacio idóneo para el libre desarrollo de la personalidad, al tenor del artículo 14 de la Carta. Entre las condiciones materiales de existencia digna se encuentra sin duda la vivienda. Otros elementos como la alimentación, la salud y la formación son también indispensables. Pero en este negocio importa poner de manifiesto el carácter vital que tiene para la dignidad el gozar de una vivienda. De hecho la humanidad se ha relacionado históricamente con la vivienda en forma paralela al desarrollo de la civilización. De los nómadas a las cavernas, de los bohíos a las casas, de las casas a los edificios, toda la evolución del hombre se traduce en su forma de vivienda*". No obstante, la Corte también ha destacado que por ser el derecho a la vivienda digna un derecho de segunda generación, él no es exigible al Estado y mucho menos defendible a través de la acción de tutela. De allí por qué se haya indicado en la Sentencia T-308-93, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz que "*el derecho a una vivienda digna no otorga a la persona un derecho subjetivo a exigir del Estado, de manera directa, una prestación determinada. Los derechos constitucionales de desarrollo progresivo o derechos programáticos, condicionan su efectividad a la previa obtención de las condiciones materiales que los hacen posibles. Por esto es acertado afirmar que, en principio, los derechos de segunda generación no son susceptibles de protección inmediata por vía de tutela. Situación diferente se plantea una vez las condiciones jurídico-materiales se encuentran de manera que la persona ha entrado a gozar de un derecho de esta categoría. En dado caso, el derecho constitucional materializado adquiere fuerza normativa directa y a su contenido esencial deberá extenderse la necesaria protección constitucional*". Con todo, en aquellos eventos en que el derecho a la vivienda digna se encuentra en conexión directa con derechos fundamentales como la dignidad

parte hijos menores de edad, los que, por el sólo hecho de serlo, merecen un tratamiento preferente. (sentencia C – 560-02) (O.D)

Por otro lado, La Corte también se refiere a la figura de la Afectación a Vivienda Familiar sobre su concepto y sus elementos mas importantes de la siguiente manera:

La afectación a vivienda familiar es una institución consagrada en la Ley 258 de 1996⁶ en virtud de la cual el bien inmueble adquirido en su totalidad por uno de los cónyuges o compañeros -en este caso siempre que la unión haya perdurado por lo menos dos años-, que se haya adquirido antes o después de la celebración del matrimonio y que se halle destinado a la habitación de la familia, sólo puede enajenarse o ser objeto de un gravamen si se cuenta con el consentimiento libre de ambos cónyuges expresado con su firma. Además, tal inmueble es inembargable, salvo si se constituyó hipoteca antes del registro de la afectación o si se constituyó hipoteca para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda. (sentencia C – 560-02)(O.D)

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado también en su jurisprudencia el objeto de la Afectación de la vivienda familiar, como también ha señalado la diferencia que existe en éste punto con la figura del Patrimonio de Familia de la siguiente manera:

humana o la igualdad, aquél asume el carácter de fundamental y puede ser objeto de amparo constitucional. Por ello, en la Sentencia T-1165-01, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, la Sala Segunda de Revisión de esta Corporación tuteló el derecho a la vivienda digna en conexidad con los derechos a la dignidad, a la igualdad y a la intimidad a dos actores a quienes una compañía aseguradora les negó la suscripción de una póliza de vida, necesaria para la adquisición de una vivienda de interés social, por ser portadores del virus de inmunodeficiencia adquirida.

⁶ Esta ley ya ha sido objeto de dos pronunciamientos de constitucionalidad de esta Corporación. Así, en la Sentencia C-192-98, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada, en lo demandado, del artículo 8. De acuerdo con él, el decreto de expropiación de un inmueble impide su afectación a vivienda familiar y permite su levantamiento judicial para hacer posible la expropiación. Según el condicionamiento de la Corte, el aparte demandado es exequible en el entendido que la indemnización correspondiente a la expropiación no puede pagarse mediante bonos o documentos de deuda pública sino en dinero, por igual valor al del inmueble expropiado, en su totalidad y de manera previa a cualquier acto que pretenda hacer efectiva la expropiación. Con este condicionamiento, la Corte equilibró los motivos de utilidad pública inherentes a la expropiación con el derecho a la vivienda digna de la familia afectada. Y en la Sentencia C-664-98, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, esta Corporación declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 7° de la Ley 258 de 1996. Según éste, los bienes inmuebles bajo afectación a vivienda familiar son inembargables salvo si con anterioridad al registro de la afectación se ha constituido hipoteca o si se ha constituido hipoteca para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de vivienda. De acuerdo con el condicionamiento de la Corte, las excepciones contempladas a la inembargabilidad del inmueble únicamente tienen aplicabilidad sobre el supuesto de que la hipoteca anterior al gravamen de vivienda haya sido previamente registrada.

Como puede advertirse, la afectación a vivienda familiar es una institución que también desarrolla la protección que el constituyente concibió para la familia y que se concentra sobre el bien inmueble que utiliza como morada. No obstante, a diferencia del patrimonio de familia, que se orienta a proteger la casa de habitación para ponerla a salvo de las pretensiones económicas de terceros, la afectación a vivienda familiar tiene por finalidad proteger al cónyuge no propietario y a sus hijos de los actos de disposición del cónyuge propietario. (sentencia C – 560-02)(O.D)

La jurisprudencia de la Corte, determina como razón fundamental de la existencia de la figura de afectación a vivienda familiar, la siguiente:

El legislador tuvo en cuenta que la venta o constitución de gravámenes sobre la casa de habitación por parte del cónyuge o compañero propietario, era una práctica que frecuentemente dejaba desamparado al cónyuge no propietario y a sus hijos pues por desavenencias familiares, aquél luego se desentendía del deber que le asistía de procurar para éstos un lugar de habitación. Por ello tomó la decisión de condicionar la enajenación del bien inmueble del cónyuge propietario y la constitución de gravámenes o derechos reales sobre él al consentimiento libre de los cónyuges o compañeros expresado con su firma. Con esta exigencia la ley evita que el cónyuge o compañero no propietario y sus hijos se vean sorprendidos por los actos de disposición del otro cónyuge, actos que no conoció y a los que no tuvo la oportunidad de oponerse. (sentencia C – 560-02)(O.D)

Por las razones anteriormente expuestas, la protección al patrimonio de familia, genera, a la luz de las consideraciones de la corte, los siguientes efectos:

Lo expuesto en los numerales anteriores permite advertir que con el patrimonio de familia se protege un inmueble como patrimonio familiar, dándole el carácter de inembargable e indistintamente de que él aparezca registrado a nombre de uno de los cónyuges o compañeros o de ambos. Ello es así porque lo que se pretende es poner a salvo el patrimonio familiar de las pretensiones económicas de terceros. (sentencia C – 560-02)(O.D).

La corte señala las siguientes diferencias entre la afectación a vivienda familiar y el patrimonio de familia:

De lo anterior se infiere una clara diferenciación entre esas dos instituciones que permite contestar el cargo formulado por el actor. Así, mientras el patrimonio de

familia, en atención a su finalidad, puede constituirse indistintamente si el inmueble es de propiedad de uno o de los dos cónyuges o compañeros; la afectación a vivienda familiar, en cambio y también en atención a su finalidad, sólo puede constituirse cuando del inmueble es propietario uno de los cónyuges o compañeros. Esto es así porque en caso de que los dos cónyuges o compañeros sean propietarios, los dos necesariamente deberán concurrir a la suscripción de los actos de disposición del inmueble y por lo mismo ninguno de ellos podrá verse sorprendido por los actos de disposición del otro, ni resultará tampoco su derecho a una vivienda digna menoscabado como consecuencia de un acto que desconoce y que no fue consentido por él. (sentencia C – 560-02)(O.D)

En conclusión, el hecho que la afectación a vivienda familiar proceda únicamente sobre el inmueble destinado a la habitación de la familia que es propiedad de uno de los cónyuges o compañeros y no sobre aquél inmueble que es propiedad de ambos, es compatible con la naturaleza jurídica de esa institución ya que ella se orienta a proteger al cónyuge o compañero no propietario y a sus hijos de los actos de disposición del propietario. En los casos en que los dos cónyuges o compañeros son propietarios del inmueble que les sirve de morada, esa protección resulta innecesaria dado que ninguno de los cónyuges se encuentra en condición de debilidad ni merece protección pues los dos deben concurrir a cualquier acto de disposición. (sentencia C – 560-02)(R.D)

Ahora, es claro que también los cónyuges o compañeros que son propietarios del inmueble que les sirve de habitación tienen derecho a una especial protección de su patrimonio como consecuencia del deber de protección familiar que el constituyente ha radicado en el Estado y en la sociedad. No obstante, esa protección no se logra extendiendo a ellos el alcance de una institución que no fue concebida para ello y, por tanto, desvirtuando su naturaleza, sino acudiendo al patrimonio de familia como institución concebida para proteger la morada de las pretensiones económicas de terceros e indistintamente de si su propiedad radica en uno o en los dos cónyuges o compañeros. (sentencia C – 560-03)(O.D)

INTIMIDAD FAMILIAR

1. Protección Constitucional
2. Limitación a la Intimidad Familiar

Es claro que la Familia es una de las instituciones más importantes para el ordenamiento Constitucional, y por eso mismo busca protegerla de cualquier quebranto que pueda significar un daño a la estabilidad de dicha unidad.

A continuación se hará una breve reseña de lo que la Corte Constitucional ha señalado con respecto al derecho que tienen las personas de gozar, no solo de una intimidad propia, sino también dentro de su núcleo familiar.

1. PROTECCION CONSTITUCIONAL

La Constitución Política protege tanto la intimidad individual, como la familiar, y así mismo dispone que la honra y la dignidad de la familia son inviolables – artículos 15 y 42 C.P.-⁷ (Sentencia T-526-02) (R. D.).

Sobre el alcance del derecho a la intimidad, en sentencia C-106 de 1995 dijo esta Corporación:

*“El artículo 15 de la Constitución establece el derecho a la intimidad personal y familiar, en el que tradicionalmente se han entendido contenidas las garantías de inviolabilidad de domicilio y de correspondencia. Ello justifica la interpretación sistemática del derecho fundamental a la intimidad en concordancia con las garantías contenidas en el artículo 28 de la Carta, esto es, el **derecho a no ser molestado** en la persona o familia y a impedir el registro domiciliario sin orden judicial. El derecho fundamental a la intimidad asegura a la persona y a su familia un reducto o espacio físico inexpugnable, ajeno a los otros, en el que puede resguardarse, aislándose del tumulto de la vida moderna, gozar del recogimiento necesario y proyectar tranquilamente su personalidad,*

⁷ Sobre el derecho a la intimidad pueden consultarse, entre otras las sentencias SU-528 de 1993 y SU-056 de 1995 y sobre el mismo derecho dentro del ámbito familiar la sentencia C-600 de 2000.

alejado y libre de las intromisiones o contactos que el sistema social normalmente acarrea". (Sentencia C-098-03) (O.D)

Así mismo, en sentencia SU-056 de 1995 sostuvo esta Corte:

"El derecho a la intimidad hace referencia al ámbito personalísimo de cada individuo o familia, es decir, a aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones que normalmente están sustraídos a la injerencia o al conocimiento de extraños. Lo íntimo, lo realmente privado y personalísimo de las personas es, como lo ha señalado en múltiples oportunidades esta Corte, un derecho fundamental del ser humano, y debe mantener esa condición, es decir, pertenecer a una esfera o a un ámbito reservado, no conocido, no sabido, no promulgado, a menos que los hechos o circunstancias relevantes concernientes a dicha intimidad sean conocidos por terceros por voluntad del titular del derecho o por que han trascendido el dominio de la opinión pública". (Sentencia C-098-03) (O.D)

Ahora bien, la Constitución Política i) reconoce a todas las personas el derecho a su intimidad, buen nombre y honra, personal y familiar, ii) determina que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables, iii) define el secreto profesional como inquebrantable, y iv) dispone que "[ú]nicamente las conductas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravenciones en todos los órdenes". (Sentencia T-526-02 (R. D.).

Sin querer desconocer lo anterior, hay ocasiones en que la Corte se encuentra en la necesidad de tomar decisiones, en donde por encima de éste derecho buscan hacer prevalecer el interés general, en la medida que se pueden ver afectados intereses individuales que pueden ocasionar perjuicios mayores; esto ocurre más que todo en casos en donde se encuentra involucrado algún tipo de interés sexual.

De la misma manera, se levanta aquel velo de la intimidad familiar, para proteger derechos que en dado caso pueden verse afectados al interior de la familia, y es por ejemplo el maltrato físico y psicológico que puede presentarse en la intimidad de esta.

Seguidamente se muestran casos en los que la Corte decide dar prevalencia a otros derechos, sin querer desconocer el derecho a la intimidad familiar de todas las personas.

2. LIMITACION A LA INTIMIDAD FAMILIAR

Al parecer de la Sala existen suficientes elementos en el ordenamiento para definir que las autoridades pueden difundir informaciones relativas a la vida sexual de los asociados, veraces y objetivas⁸, como lo dispone el artículo 20 constitucional, con miras a alertar a la comunidad sobre los peligros que representan las enfermedades de transmisión sexual y la manera de prevenirlos, siempre que la información develada no permita individualizar a sus protagonistas y no este en contra al derecho a la intimidad familiar. (Sentencia T-526-02 (R. D.).

Encuentra la Sala, entonces, que el ordenamiento delimita el derecho a la intimidad Familiar de las personas infectadas por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las enfermedades de transmisión sexual (ETS), en beneficio colectivo i) porque quien incurra en el delito de contaminación tiene que responder ante la justicia penal por su conducta, y ii) debido a que los profesionales de la salud pueden alertar a las personas con quienes el enfermo se relaciona, sobre el peligro al que están expuestas, para que extremen sus cuidados. (Sentencia T-526-02 (R. D.).

La familia es un santuario, pero no un santuario vedado al juez ni inmune a los mandatos constitucionales. Un juez no puede, por ejemplo, so pretexto del respeto a la intimidad de la familia, hacer ojos ciegos a los casos en los que menores son sometidos a tratos crueles e inhumanos o a vejaciones degradantes. Pero por otra parte, como ya se anotó, la Constitución también demanda al juez de tutela consideración para la intimidad familiar. Los padres tienen un amplio margen para decidir cómo desean educar a sus hijos. No todos los miembros de una familia son iguales, tienen las mismas cualidades, los mismos defectos o el mismo carácter. La Constitución confió a los padres la decisión de cuál debe ser el trato que debe recibir cada uno de los hijos para su adecuada formación. En virtud de garantías tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 15 de la C.P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.), y el derecho a la familia (art. 42 de la C.P.), la vida familiar sólo puede ser objeto de la intervención del juez constitucional en los casos en los que haya razones de suficiente entidad para ello, porque se evidencian transgresiones al orden constitucional, en especial porque se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de quienes la componen, sin que exista un medio judicial alternativo de protección. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

⁸ Respecto de los límites a la aplicación de la *exceptio veritatis* en lo tocante con el derecho a la intimidad se puede consultar la sentencia T-022 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón.

UNIDAD FAMILIAR

1. Casos específicos que limitan la Unidad Familiar

En el siguiente texto constitucional se analizará el problema que presenta el hecho de que una persona del núcleo familiar sea detenida por las autoridades respectivas, impidiendo esto continuar con la unidad familiar que se tenía.

1. CASOS ESPECIFICOS QUE LIMITAN LA UNIDAD FAMILIAR

En forma específica, en lo que tiene que ver con la unidad familiar es de manifestar, que si bien es cierto el Estado ampara a la familia como institución básica de la sociedad⁹(art.5°C.P.), en algunas oportunidades esta puede sufrir algunas limitaciones como se desprenden por ejemplo de la circunstancia de que una persona se encuentre detenida, y en tal caso, es inevitable que dicha condición afecte el ámbito íntimo de la familia a la que pertenece en mayor o menor medida¹⁰. (Sentencia T-399-02) (O. D.).

La violación a los derechos a la unidad familiar, al libre desarrollo de la personalidad o a la igualdad, se presenta durante la detención efectiva y legal de uno de sus miembros, solo cuando la falta temporal del detenido en el seno de su familia se agrava sin justificación alguna, impidiéndole gozar del régimen de visitas

⁹ Ver sentencia T-277/94

¹⁰ En Sentencia T-718 de 1999 dijo la Corte: "Es cierto que los presos se hallan, respecto del Estado, en lo que la doctrina extranjera ha denominado una "relación especial de sujeción", y que en efecto la pérdida temporal de la libertad comporta la mengua -también transitoria- de ciertos derechos, pero ni siquiera la más grave de las penas puede llevar al total desconocimiento, a la anulación, a la pérdida absoluta de los derechos humanos, de lo cual resulta que los jueces, en relación con los reclusos, deben velar permanentemente porque no les sean quebrantados en forma alguna los que pueden ejercerse sin restricción, ni se vaya más allá de lo que la Constitución y la ley permiten en cuanto a aquellos respecto de los cuales se admite su ejercicio bajo ciertas limitaciones.

o de la posibilidad restringida de comunicarse a que tiene derecho cualquier persona privada de su libertad, dentro de los marcos de incomunicación que considere necesarios el juez del conocimiento. (Sentencia T-399-02) (O. D.).

En tal medida, derechos como la vida, la integridad física y la familia pueden verse vulnerados o amenazados por el hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos, por la carencia de los efectivos de guardia requeridos y por las condiciones particulares del régimen carcelario. (Sentencia T-399-02) (O. D.).

Así pues, cuando una persona es detenida con el cumplimiento, por parte de las autoridades, de todos los requisitos consagrados en el artículo 28 de la Constitución, es inevitable que su ausencia temporal (en el ámbito íntimo de la familia a la que pertenece, en el de sus relaciones particulares y en el de su figuración pública), afecte en mayor o menor medida a la unidad familiar y al tráfico económico, cultural y cívico del medio en que ordinariamente se desenvuelve. Pero la situación del detenido preventivamente ya está afectada por el juicio del funcionario instructor¹¹, quien, respetando los requisitos establecidos en el citado artículo 28 de la Carta y, por tanto, basado en las pruebas existentes sobre la comisión del hecho delictivo y la presunta autoría del afectado, juzgó procedente que permaneciera en la ciudad de Bogotá, por razones harto justificadas que se allanan además al seguimiento del debido proceso, porque se concretaron en el deber del Estado de garantizar la investigación adelantada y permitirle al detenido ejercer su derecho de defensa de manera inmediata y pronta. (Sentencia T-785-02) (R. D.)

En esa medida dijo el mismo fallo, “los actos de las personas que componen una familia, también imponen limitaciones al amparo de la unidad familiar que corresponde garantizar al Estado; sea porque el maltrato que reciben los hijos hace obligatorio retirarlos de su hogar y confiarlos a otras personas en procura de su protección, sea porque al incurrir en un delito, no sólo haya que separar a una persona de la institución básica familiar, sino también de la sociedad a la que aquella sirve de base organizativa”. (Sentencia T-785-02). (O. D.).

En consecuencia, para el juez de tutela, a quien compete garantizar la efectividad de los derechos fundamentales de las personas, la constatación de una violación al derecho a la unidad familiar, durante la detención efectiva y legal de uno de sus miembros, se presentaría cuando, sin justificación, la falta temporal del detenido en el seno de su familia se agrava, impidiéndole gozar del régimen de visitas o de la posibilidad restringida de comunicarse a que tiene derecho cualquier persona

¹¹ Sentencia T-277 de 1994.

privada de su libertad, dentro de los marcos de incomunicación que considere necesarios el juez del conocimiento¹². (Sentencia T-785-02) (O. D.).

MATERNIDAD

1. Derecho A La Maternidad
 - 1.1 En La Adopción
2. Protección De La Maternidad
 - 2.1 Protección A La Estudiante En Embarazo
 - 2.2 Licencia De Maternidad
3. Derechos Y Deberes En El Ejercicio De La Maternidad

La Corte Constitucional ha estado muy interesada en dejar claro en muchos de sus pronunciamientos la importancia de la maternidad como núcleo esencial de derechos fundamentales e institución primordial para el cumplimiento de los derechos de los niños, así, veremos a continuación como la Corte se ha pronunciado sobre temas como el derecho a la maternidad, la protección de la maternidad, y derechos y deberes en el ejercicio de la maternidad

“En reiterada jurisprudencia¹³, esta Corporación ha establecido que la maternidad, es decir la decisión de una mujer de traer al mundo una nueva vida humana, es una de aquellas opciones que se encuentran protegidas por el núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (C.P., artículo 16) y que, por ende, no pueden ser objeto de injerencia por autoridad pública o por particular alguno. En este sentido, se consideran contrarias a los postulados constitucionales todas aquellas medidas que tiendan a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital. (Sentencia T – 551/02) (O.D)

1. DERECHO A LA MATERNIDAD

En lo que respecta al titular del derecho a la maternidad, la Corte Constitucional ha dicho que la maternidad es una actividad afectiva y espiritual, no solo biológica y por lo tanto se protege igualmente a la madre biológica como a la madre adoptiva y ello es debido a que el fin de la maternidad, es la protección de los derechos del menor.

“(…) la maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con

ⁿ Ibídem.

¹³ Véanse las sentencias T-420/92 (MP. Simón Rodríguez Rodríguez); T-079/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); T-292/94 (MP. Fabio Morón Díaz); T-211/95 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-442/95 (MP. Alejandro Martínez Caballero); T-145/96 (MP. Jorge Arango Mejía); T-290/96 (MP. Jorge Arango Mejía); T-590/96 (MP. Antonio Barrera Carbonell); T-393/97 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-667/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad.”¹⁴ (Sentencia T-510-03) (O.D)

El vínculo psico - afectivo que existe entre una madre y su hijo biológico trasciende por su misma naturaleza el espectro común de las relaciones interpersonales, para ubicarse en niveles mucho más profundos y determinantes de la psiquis humana. Ello no quiere decir que toda mujer sea una madre idónea por el hecho de haber dado a luz a un niño, ni que quienes no son progenitoras biológicas no estén en óptimas condiciones para establecer una relación de verdadera maternidad con los niños que crían como a sus hijos, ni mucho menos que no exista una relación igualmente significativa con el padre. Únicamente indica que los efectos psicológicos de cualquier alteración de la relación entre la madre biológica y su hijo serán muy significativos, como regla general, para los dos sujetos involucrados en el vínculo. Si a ello se suma la especial valoración que se otorga a la maternidad y a la madre en el contexto socio - cultural colombiano, se entenderá que normalmente no es fácil para una mujer en nuestro país desprenderse de un hijo, cualquiera que haya sido su motivación, pero especialmente si lo hizo para proteger al menor. (Sentencia T-510-03) (O.D)

1.1 EN LA ADOPCIÓN

6.1. El hecho de que una madre decida dar en adopción un hijo, por sí sólo, no dice nada acerca de su calidad como madre y mucho menos como persona o como mujer.

Para desvanecer este prejuicio, en primer término, se debe distinguir entre dos conceptos: “abandonar a” alguien y “separarse de” alguien.¹⁵ El abandono, según el Código del Menor, se da cuando un niño se encuentra en una grave situación de desprotección por la ausencia total de sus responsables, o cuando pese a estar presentes, no representan una garantía ni para la correcta formación del menor ni para su protección, bien sea porque no lo cuidan o porque ellos mismos son quienes lo afectan.¹⁶ El abandono tiene como nota

¹⁴ Sentencia T-339 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) En este caso la Corte Constitucional protegió el derecho de una menor a permanecer con la familia a la cual la madre biológica la había entregado y con la cual se estaba criando. En consecuencia, confirmó la decisión de los jueces de instancia de no acceder a la petición de la abuela biológica materna había presentado en nombre de su hija, para que se le devolvieran la menor a su madre biológica.

¹⁵ Esta distinción es analizada por Carol Sanger, Profesora de Derecho de la Universidad de Santa Clara, en un extenso artículo en el que se ocupa de estudiar los orígenes, estado y futuro de la regulación acerca de las diferentes formas de separación que pueden darse entre una madre y sus hijos, artículo en el que se exponen y desarrollan muchas de las ideas aquí expuestas (Sanger, Carol. *Separating from children*. Columbia Law Review. March, 1996; Rev. 375.).

¹⁶ Código del Menor, artículo 30.- Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro. || 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. || 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. || 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal. || 5. Carezca de representante legal. || 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental. || 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción. || 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley. || 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

característica la situación de riesgo y desprotección del menor, no el hecho de que sus padres se hayan separado o no de él. Por eso, cuando los padres son una amenaza para el menor, la ley considera que éste se encuentran en situación de abandono, y, por tal razón, puede ser protegidos por el Estado dándolo en adopción sin requerir consentimiento alguno de sus padres. (Sentencia T-510-03) (O.D)

6.2. Aunque la decisión debe estar orientada a la protección del interés superior del menor, constitucionalmente es legítimo para la madre considerar su propio interés sin anteponerlo al del menor

Las consideraciones que haga una madre de su interés propio a la hora de decidir si entrega en adopción a su hijo o no, son legítimas constitucionalmente. El derecho a la autonomía personal protege las consideraciones de la mujer acerca de su proyecto de vida y el lugar que dentro de él tendría un hijo o una hija. No obstante, en caso de que exista un conflicto irresoluble entre los intereses de la madre y el *interés superior del menor*, deberá primar este último, pues como lo establece el Código del menor en su artículo 20: “las personas y las entidades tanto públicas como privadas que (...) tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.”. (Sentencia T-510-03) (O.D)

El vínculo psico - afectivo que existe entre una madre y su hijo biológico trasciende por su misma naturaleza el espectro común de las relaciones interpersonales, para ubicarse en niveles mucho más profundos y determinantes de la psiquis humana. Ello no quiere decir que toda mujer sea una madre idónea por el hecho de haber dado a luz a un niño, ni que quienes no son progenitoras biológicas no estén en óptimas condiciones para establecer una relación de verdadera maternidad con los niños que crían como a sus hijos, ni mucho menos que no exista una relación igualmente significativa con el padre. Únicamente indica que los efectos psicológicos de cualquier alteración de la relación entre la madre biológica y su hijo serán muy significativos, como regla general, para los dos sujetos involucrados en el vínculo. Si a ello se suma la especial valoración que se otorga a la maternidad y a la madre en el contexto socio - cultural colombiano, se entenderá que normalmente no es fácil para una mujer en nuestro país desprenderse de un hijo, cualquiera que haya sido su motivación, pero especialmente si lo hizo para proteger al menor. (Sentencia T-510-03) (O.D)

2. PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

En otros pronunciamientos como los siguientes, la corte ha protegido la maternidad por medio de la exigencia en el cumplimiento de los derechos fundamentales a la igualdad, a la libertad personal, al libre desarrollo de la personalidad de la mujer como madre, y a la familia, entre otros, los cuales están conectados con el derecho a la maternidad:

”, la Corte Constitucional ha señalado que resulta ilegítima cualquier acción tendiente a estigmatizar, desmejorar y discriminar a la mujer que se encuentra en estado gestante, porque ello atenta directamente contra su derecho de autodeterminación, reflejado en el libre desarrollo de su personalidad (art. 16 Superior); contra sus derechos a la libertad personal (art. 28) y a la igualdad (art. 13), contra la familia misma, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42), contra los derechos del menor que está por nacer o del que ha nacido, a quienes también la Constitución les da un tratamiento especial (art. 44) y contra sus derechos laborales (arts. 25 y 26), por mencionar los más relevantes. (Sentencia T-286-03) (R.D)

“Además, la Constitución ha reconocido la especial protección a la mujer trabajadora y a la maternidad (artículo 53). Lo anterior en concordancia con el principio de igualdad (artículo 13), en virtud del cual no se puede aceptar ninguna forma de discriminación por razón del sexo. Este precepto se encuentra reiterado en el artículo 43 ibídem, a cuyo tenor la mujer no puede ser sometida a ninguna clase de discriminación. Y, por el contrario, durante su embarazo y después del parto goza de una especial asistencia y protección del Estado” (Sentencia T-286-03) (R.D)

La Corte Constitucional, en pronunciamientos anteriores, estimó que la garantía contenida en el artículo 43 C.P. tiene por objeto, no sólo impedir que el hecho de la maternidad se convierta en un factor de discriminación en contra de la mujer dentro de los diversos campos de la vida social, sino también proteger otros derechos fundamentales de los que es titular, como la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (Arts. 1º y 16 C.P.). citado en esta sentencia de: Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-470/97 y T-662/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-311/01 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (Sentencia T-486-03) (O.D)

Así, la protección a la maternidad conlleva a que se desarrollen a plenitud los derechos de la familia y de los niños pues una parte vital para cumplir con dichos derechos es la atención, cuidado y presencia de la madre en la vida de sus hijos.

Las normas que regulan la protección a la maternidad se encuentran en varios y amplios ámbitos del derecho, y así lo ha reconocido la Corte, ejemplo de ello puede apreciarse en los siguientes apartes:

La obligatoriedad de la protección de la maternidad tiene sustento adicional en normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, al ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno, hacen parte del bloque de constitucionalidad. (Sentencia T-486-03) (R.D)

la Corte Constitucional ha analizado diversas expresiones concretas de la protección de la maternidad, entre ellas la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y la procedencia del amparo constitucional para la obtención del pago de la licencia de

maternidad. Citado en esta sentencia de: *Cfr.* Corte Constitucional. Sentencias C-470/97 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-373/98 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-005/00 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. (Sentencia T-486-03) (R.D)

2.1 PROTECCIÓN A LA ESTUDIANTE EN EMBARAZO

Teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha protegido, tal como lo expresa el aparte anterior, la maternidad y la decisión de ser madre, es lógico y coherente con dicho planteamiento que se proteja a la estudiante en embarazo como mujer autónoma y que se consideren inconstitucionales los manuales de convivencia que limitan o restrinjan tal derecho, y así lo ha determinado la Corte Constitucional:

“La Corte ha estimado que, bajo ninguna circunstancia, el embarazo de una estudiante puede erigirse en criterio para limitar o restringir su derecho a la educación (C.P, artículo 67). A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que los manuales de convivencia de las instituciones de educación no pueden, ni explícita ni implícitamente, tipificar como falta o causal de mala conducta, el embarazo de una estudiante. En efecto, la Corporación ha establecido que toda norma reglamentaria que se ocupe de regular la maternidad en el sentido antes indicado debe ser inaplicada por los jueces constitucionales, por ser contraria a la Carta Política.¹⁷ (Sentencia T – 551-02) (R.D)

“Así mismo, la jurisprudencia ha considerado que, en un asunto como el embarazo, sólo la futura madre tiene capacidad para decidir qué es aquello que más conviene a su estado e intereses y, por ello, su juicio no puede ser sustituido arbitrariamente por el de sus padres o por el del plantel educativo en donde cursa sus estudios” (Sentencia T – 551-02) (R.D.)

2.2 LICENCIA DE MATERNIDAD

Un momento importante de protección de la maternidad es el periodo posterior al parto, pero la principal finalidad de dicha protección es la importancia de los derechos de los niños, el cuidado del menor y la protección a la familia prevista en la Constitución. La Corte Constitucional se ha pronunciado específicamente sobre ese tema:

Así mismo, la protección de la maternidad y el periodo posterior al parto encuentra entre sus finalidades la salvaguarda de los derechos a la vida y la integridad física del que está por nacer y de los niños (Art. 44 C.P.), en el entendido que los primeros meses de vida son una etapa en que la atención prodigada por la madre a los menores es decisiva en la protección de sus intereses, que son superiores dentro del ordenamiento constitucional. (Sentencia T-486-03) (R.D)

¹⁷ Véanse las sentencias T-292/94 (MP. Fabio Morón Díaz); T-145/96 (MP. Jorge Arango Mejía); T-393/97 (MP. José Gregorio Hernández Galindo); T-667/97 (MP. Alejandro Martínez Caballero).

Ya vimos cuales son las finalidades de la protección de la maternidad, pero la Corte Constitucional también nos muestra ejemplos claros de instituciones jurídicas que se crean para materializar concretamente la maternidad como derecho y deber, un ejemplo de ello es la licencia de maternidad con la cual se reafirma lo que estudiamos anteriormente sobre la protección de la maternidad en el periodo posterior al parto de los siguientes apartes:

Así mismo, la protección de la maternidad y el periodo posterior al parto encuentra entre sus finalidades la salvaguarda de los derechos a la vida y la integridad física del que está por nacer y de los niños (Art. 44 C.P.), en el entendido que los primeros meses de vida son una etapa en que la atención prodigada por la madre a los menores es decisiva en la protección de sus intereses, que son superiores dentro del ordenamiento constitucional. (Sentencia T-486-03) (R.D)

“[E]s abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre, como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico entrándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el post - parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé. (Sentencia T- 709-03) (R.D)

De conformidad con lo anterior, la Corte se ha pronunciado de la siguiente manera sobre la licencia de maternidad:

Una de las materializaciones concretas de la protección a la maternidad, es el reconocimiento y pago de la licencia que debe ser concedida a la madre al dar a luz, por un lapso de ochenta y cuatro (84) días, la cual como tantas veces lo ha señalado ésta Corte, tiene por objeto “(...) *brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre.*”¹⁸ (Sentencia T 553- 03) (O.D.)

¹⁸ Sentencia T-568/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Tal prestación adquiere un carácter supremo cuando vincula los derechos fundamentales de la madre y del hijo, situados en una posición de debilidad ostensible. Tales derechos son el de igualdad, protección a la familia, a la mujer y al menor, contenidos en los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Carta Política¹⁹.(Sentencia T 553- 03) (O.D.)

La jurisprudencia de la Corte ha señalado como finalidades esenciales de la de la licencia de maternidad, el permitirle a la madre estar junto a su hijo durante sus primeros meses, la posibilidad de brindarle los cuidados necesarios (afectivos y económicos), el fortalecimiento de la familia, pilar fundamental de la sociedad²⁰ y la percepción de un ingreso económico que garantice la subsistencia de la madre y el niño mientras ésta se reincorpora al trabajo.²¹.(Sentencia T- 553- 03) (O.D.)

3. DERECHOS Y DEBERES EN EL EJERCICIO DE LA MATERNIDAD

En cuanto a los derechos y obligaciones de la madre con sus hijos en el ejercicio de la maternidad, la Corte Constitucional, en desarrollo del artículo 44 de Constitución Nacional y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ha dicho:

El Juez Constitucional, en miras a la protección del menor, debe tener en cuenta que en el caso concreto de la maternidad, ésta implica derechos pero también tiene obligaciones; en la sentencia T-339/94 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) se dijo:

"El artículo 44 de la Carta Política reconoce como derecho fundamental de los niños entre otros, "el cuidado y amor". Es la primera vez que en una Constitución colombiana se le da al amor el tratamiento de objeto jurídico protegido. Obviamente los primeros obligados a dar amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo, propiamente, la maternidad. De esta manera, todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho. (Sentencia T-650-02) (R.D)

La maternidad está reconocida por el orden jurídico internacional como derecho humano, y, por tanto, se protege en todas las situaciones. Pero no es un derecho absoluto, porque se encuentra, como todo derecho, limitado, en este caso, por los derechos del mismo hijo y por el orden social justo. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25, numeral segundo, estipula:

¹⁹ Al respecto revisar sentencia T-458/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

²⁰ Ver Sentencia T-497/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²¹ Ver sentencia T-736/01 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

"La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". (Sentencia T-650-02) (R.D)

Sobre el contenido de este texto es conveniente hacer las siguientes precisiones: en primer término, la maternidad es protegida con el derecho a cuidados especiales en virtud del bienestar del menor y, por extensión, en función de la madre, para que ésta pueda llevar a cabo su misión de solidaridad natural. En segundo lugar, como la maternidad está para la protección del infante, se deduce que éste tiene derecho a una madre que lo asista. Tercero, la madre tiene derecho a la conservación de su status -siempre y cuando cumpla con el deber de amor hacia su hijo, pues la esencia de la filiación es el amor-, es decir, tiene el derecho a realizar sus funciones, y en atención a dichas funciones, y al amor, a mantener el vínculo jurídico y afectivo con su hijo. Y, finalmente, se protege por igual a la maternidad dentro del matrimonio, como a la que se presenta por fuera de la relación matrimonial, con base en el trato igual debido tanto a las madres como a los niños." (Sentencia T-650-02) (R.D).

"[E]s abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre, como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico entratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el post - parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé. (Sentencia T- 709-03) (R.D)

Finalmente, también la Corte ha señalado que el derecho en comento encuentra una relación íntima con la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad (Art. 42 C.P.), pues *"este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado (CP art. 5º y 42). En efecto, si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados"*. Citado de la sentencia :Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-470/97. Fundamento jurídico No. 5. (Sentencia T-486-03) (R.D)

Del ejercicio de la maternidad se derivan unos derechos en doble vía, según lo ha dicho la Corte Constitucional, unos de la madre sobre los hijos y otros de la madre sobre obligaciones y deberes que recaen en los hijos para con sus padres. La Corte ha determinado algunos de esos derechos y también los deberes:

En efecto, tanto la maternidad como la paternidad constituyen condiciones reconocidas y protegidas por el sistema jurídico colombiano, que deriva de ellas claros derechos para los progenitores²², entre los cuales se destacan el derecho a recibir el respeto y la obediencia de sus hijos²³, el derecho a ser cuidado por ellos “*en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare sus auxilios*”,²⁴ el derecho a escoger el tipo de educación que recibirán sus hijos menores²⁵, y los derechos sucesorales reglamentados por el Código Civil. Por esta razón, el derecho a la familia ha sido catalogado como un derecho de “doble vía” que asiste a todos los miembros del grupo familiar. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Igualmente, se ha establecido que “al referirnos a la maternidad nos encontramos frente a un derecho - deber que se desfigura si los deberes no son cumplidos dejando desamparado al menor”²⁶. En ese mismo sentido, el artículo 5 del Código del Menor impone al Estado el deber de “dar todas las oportunidades para asegurar una progeneritura responsable”, y al artículo 6 ibidem establece que los padres tienen el deber de “velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.” Tales disposiciones desarrollan lo dispuesto por el artículo 18-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. (Sentencia T-510-03) (O.D)

²² Así, el artículo 42 de la Carta establece que la familia debe ser objeto de especial protección, la cual se extiende a todos los miembros que la componen, y el artículo 43 Superior provee especial protección a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia.

²³ Código Civil, art. 250

²⁴ Código Civil, art. 251

²⁵ Constitución Política, art. 68

²⁶ Sentencia T-881 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso se decidió que el ICBF no desconocía los derechos de dos menores a tener una familia, al privar de la custodia a su madre y a quien alegaba ser su padre y adelantar un trámite para darlos en adopción, debido a que tales actuaciones constituyen una medida de protección ante el maltrato que los menores habían sufrido.

PATERNIDAD

1. Maternidad Y Paternidad Como Figuras Jurídicas Reconocidas
2. Derechos Y Deberes De Los Padres Frente Al Hijo Recién Nacido
 - 2.1 Licencia De Paternidad
 - 2.1.1 Como Derecho De Los Niños Y Deber Del Padre
 - 2.1.2. Como Importancia Social
3. Prueba De Paternidad
 - 3.1 Acción De Investigación
 - 3.2 Presunción De Paternidad

Dentro de los temas tratados en los años 2002 y 2003 en las sentencias de la Corte Constitucional el tema de más relevancia, como veremos a continuación, es lo referente a la licencia de paternidad y la prueba de la paternidad, debido a que son temas recientemente desarrollados por el legislador, y por lo tanto en estos años empiezan a desarrollarse las líneas jurisprudenciales de lo que establecerá la Corte al respecto. Sin embargo, la Corte no deja de pronunciarse sobre temas como derechos y deberes de los padres frente a hijos recién nacidos y la naturaleza jurídica de la institución.

1. MATERNIDAD Y PATERNIDAD COMO FIGURAS JURÍDICAS RECONOCIDAS

Tanto la maternidad como la paternidad constituyen condiciones reconocidas y protegidas por el sistema jurídico colombiano, que deriva de ellas claros derechos para los progenitores²⁷, entre los cuales se destacan el derecho a recibir el respeto y la obediencia de sus hijos²⁸, el derecho a ser cuidado por ellos *“en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare sus auxilios”*,²⁹ el derecho a escoger el tipo de educación que recibirán sus hijos menores³⁰, y los derechos sucesorales reglamentados por el Código Civil. Por esta razón, el derecho a la familia ha sido catalogado como un derecho de “doble vía” que asiste a todos los miembros del grupo familiar. (Sentencia T-510-03) (O.D)

²⁷ Así, el artículo 42 de la Carta establece que la familia debe ser objeto de especial protección, la cual se extiende a todos los miembros que la componen, y el artículo 43 Superior provee especial protección a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia.

²⁸ Código Civil, art. 250

²⁹ Código Civil, art. 251

³⁰ Constitución Política, art. 68

2. DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES FRENTE AL HIJO RECIÉN NACIDO

El padre, como representante de los menores, como titular de la patria potestad y del cuidado del menor, tiene que proteger los derechos de sus hijos y es su responsabilidad que ellos puedan disfrutar de las mejores condiciones, es por eso que desde el 2002 la legislación colombiana ha regulado los derechos y deberes de los padres frente al hijo recién nacido y en desarrollo de ello se creó la figura de la licencia de paternidad, todo con el fin de proteger los derechos de los niños. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este tema en algunas providencias de las cuales extrajimos los siguientes apartes, que revelan la razón de la incorporación de la nueva figura al ordenamiento jurídico:

Para la Corte es claro que el actor como representante legal de su hijo recién nacido está legitimado por activa para interponer acciones de tutela en defensa de los derechos fundamentales del menor de edad. Esto de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991. En Sentencia T-1025 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte expuso sobre el particular: “En efecto, la citada disposición del Decreto 2591 de 1991 determina que: “la acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante (...)”⁽²⁾. En estos términos, la Corte en Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, determinó que una de las formas típicas de legitimación en la causa por activa en los procesos de tutela, consiste en: “... la de su ejercicio por medio de representantes legales (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas). (Sentencia T-680 de 2003) (R.D)

2.1 LICENCIA DE PATERNIDAD

2.1.1 COMO DERECHO DE LOS NIÑOS Y DEBER DEL PADRE

En efecto, sorprende a la Corte la poca sensibilidad de los falladores de instancia al no percibir que el derecho a la licencia remunerada de paternidad, aunque de rango legal, es el mecanismo escogido por el legislador para realizar derechos fundamentales del menor, a saber los derechos a tener una familia y no ser separado de ella y al cuidado y al amor (art. 44 de la Constitución), por lo que el no reconocimiento injustificado del derecho legal del padre afecta la realización de los derechos fundamentales del niño y puede constituir una vulneración de los mismos, lo cual es de relevancia en el procedimiento de protección judicial de los derechos fundamentales. (Sentencia T-680 de 2003) (R.D).

...en principio la acción de tutela no es procedente para exigir el cumplimiento de derechos legales. No obstante, como la Corte lo ha mostrado arriba, el medio escogido por el legislador para hacer efectivo un derecho fundamental del menor ha sido la consagración

del derecho legal del padre a la licencia remunerada para el caso del alumbramiento. Es por ello que si bien la acción de tutela no es procedente para proteger los derechos legales del padre, si podría serlo para proteger los derechos fundamentales del hijo. (Sentencia T-680 de 2003) (R.D)

La finalidad buscada por el legislador al crear la licencia remunerada de paternidad, fue la de permitir a los niños al momento de su nacimiento el ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente el de recibir el amor y el cuidado de su padre en los primeros días de su vida. “Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional”³¹. Así quedó reseñado en los antecedentes legislativos del proyecto de ley que hoy es la Ley 755 de 2002. (Sentencia T- 709-03) (R.D)

Señaló el legislador en su oportunidad lo siguiente:

“[E]s abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre, como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico entratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el post - parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé. (Sentencia T- 709-03) (R.D)

Negar este derecho equivaldría a condenar a los niños colombianos –a seguirlos condenando- a que solamente reciban la mitad del afecto, la mitad del amor, la mitad del cuidado, la mitad de la ternura que se les podría prodigar. Equivaldría, en los primeros días de su existencia a cumplir a medias con la voluntad constituyente. (Sentencia T- 709-03) (R.D)

Como puede advertirse, fue la intención del legislador al crear la licencia remunerada de paternidad permitir al recién nacido el ejercicio de sus derechos fundamentales y especialmente el de recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional. (Sentencia T- 709-03).(R.D)

³¹ Sent. C-273/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

De ahí que la orientación dispuesta en el Ley 755 de 2002, no es otra que el derecho a la licencia remunerada de paternidad opera a favor del padre que ha decidido responsablemente acompañar a su hijo en los primeros momentos de vida, pues si lo que se busca es proteger el interés superior del niño, la licencia conlleva una responsabilidad para el padre de acompañar y cuidar al hijo, brindándole la ayuda y el apoyo necesarios en los días posteriores a su nacimiento.(Sentencia T- 709-03).(R.D)

*Entonces es claro que la licencia de paternidad no fue concebida como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, **sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor**³². Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide al hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor. (Sentencia T- 709-03).(R.D)*

Así pues, para el legislador el objetivo de este derecho consiste en que, compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tan preciado, se atienda su interés superior, permitiéndole su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno - filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad. (Sentencia T- 709-03).(R.D)

El incumplimiento de la obligación, no puede, como se señaló, ser argumento constitucionalmente aceptado para negar el reconocimiento de la licencia de paternidad, pues la filosofía que orienta esa licencia no es otra que la “protección de la niñez en Colombia y el desarrollo del derecho constitucional de los menores al amor y cuidado de sus dos progenitores, no solo de uno de ellos”³³. Téngase en cuenta además, que para el reconocimiento de la licencia de paternidad no se requiere la convivencia entre la pareja de esposos o compañeros, pues, ese requisito que consagraba la norma fue declarado inconstitucional por esta Corporación, al considerarlo irrazonable “*porque lejos de hacer efectivo el interés superior del niño, cuya plena efectividad se pretende garantizar con la licencia de paternidad, se opone al goce del derecho fundamental que tienen los menores a recibir el cuidado y amor de sus padres, pues aquellos niños cuyos progenitores por alguna circunstancia no conviven para la época del nacimiento quedarían privados injustificadamente de la compañía, el amor y el cuidado de sus padres en los primeros momentos de vida*”³⁴ . (Sentencia T- 709-03).(R.D)

2.1.2. COMO IMPORTANCIA SOCIAL

Desde una dimensión sociológica, no resulta difícil advertir que en Colombia ha existido un severo problema de paternidad responsable. En Colombia han hecho falta muchos padres y

³² Negrillas fuera de texto

³³ Sent. C-152/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁴ C-273/03 ya citada.

*ello ha tenido un efecto muy nocivo en los procesos de socialización en nuestro país. Raíces de nuestra violencia podrían ubicarse en el tenue rol que la paternidad ha cumplido en muchos ciclos familiares*³⁵ (Sentencia T- 709-03).(R.D)

Siendo ello así, para los efectos de esta sentencia, resulta de suma importancia resaltar apartes de la sentencia C-273 de 2003, en la cual se dijo:

“[E]n lo que concierne a la incidencia del cuidado paterno en el desarrollo infantil, tales estudios ponen de presente que si los niños desde que nacen pueden descubrir al padre y diferenciarlo de la madre, esta conexión con aquél es importante para su desarrollo. Es así como consideran que los niños que han tenido un padre que les brinda cuidado y amor durante los primeros dieciocho o veinticuatro meses de vida son más seguros en la exploración del mundo que les rodea, y son más curiosos y menos dubitativos frente a los nuevos estímulos. También han demostrado que el alto coeficiente intelectual de los hijos está asociado al cuidado paterno permanente, así como también lo están el autocontrol, la sensibilidad moral y el desarrollo físico” (Sentencia T- 709-03). (R.D)

De todo lo que ha dicho la Corte sobre la licencia de paternidad nos damos cuenta cuan importante es ella para poder garantizarle a los niños un adecuado desarrollo en el futuro y un cabal cumplimiento de los derechos que le concede la Constitución y en general todo el ordenamiento legal colombiano.

3. PRUEBA DE PATERNIDAD

La prueba de la paternidad o del ADN ha sido muy nombrada en los fallos de la Corte y no solo por la importancia de los derechos de los menores, como ya vimos, sino también por los derechos del padre, así, veamos que ha dicho la Corte al respecto:

Con los avances de la ciencia y la tecnología es posible llegar, no sólo a la exclusión de la paternidad, sino inclusive, a la atribución de ella, estableciendo con un alto grado de probabilidad, que el presunto padre lo es realmente respecto del hijo que se le imputa. Prueba biológica que asegura la confiabilidad y seguridad de su resultado. (Sentencia C – 807-02) (O.D)

La finalidad del Estado al imponer la prueba del ADN como obligatoria y única en los procesos de filiación, no es otra distinta a su interés de llegar a la verdad, de establecer quien es el verdadero padre o madre, a través de esta prueba por estar demostrado científicamente que su grado de certeza es del 99.99%. Pues, si bien en un comienzo y años atrás esta prueba tenía un alto grado de certeza para excluir la filiación, hoy por hoy, dado el

³⁵ Exposición de motivos al Proyecto de ley 65 de 2001 Cámara, 217 de 2002 Senado. Gaceta del Congreso No. 408 de 2001.

avance o desarrollo científico y tecnológico de dicha prueba, esta ha alcanzado el máximo grado de certeza ya no en el sentido de excluir al presunto padre o madre, sino en sentido positivo, por inclusión o determinante e identificador del verdadero padre o madre. También el legislador busca a través de su obligatoriedad la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber quien es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica. (Sentencia C – 807/02) (R.D)

Esta Corporación tuvo oportunidad de resolver un caso similar a través de la sentencia T-183 de 2001, en donde se definió si en un proceso de paternidad en el cual se dilata la prueba de ADN se discuten derechos de carácter legal o involucra derechos fundamentales, se dijo en aquella ocasión lo siguiente:

“La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que se revisa, correspondiente a la segunda instancia en el expediente T-399.636, consideró que el estado civil de las personas es un atributo de la personalidad “reconocido como tal en el artículo primero del Decreto 1260 de 1970, que reviste una naturaleza meramente legal, en virtud de la cual se regula la situación jurídica de la persona en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, y su asignación corresponde a la ley. Por otra parte, el derecho a conocer la paternidad del hijo goza de igual categoría, en la medida en que se encuentra contemplado en la ley 75 de 1968, derecho que posee una garantía procesal como es la correspondiente acción de investigación de la paternidad, que justamente fue ejercitada por las accionantes, tal y como ellas mismas lo reconocieron” (Sentencia T-231-02) (O. D.).

En aquella ocasión, con la sentencia T-183 de 2001 la Corte concedió la tutela interpuesta igualmente contra el ICBF por considerar que al dilatar la práctica de una prueba que define el estado civil de las personas, se viola el derecho al debido proceso y los derechos de filiación de los menores que resulten involucrados. Por ello ordenó al ICBF que informara sobre la fecha en que se realizaría la prueba, anotando que no debían alterarse los turnos establecidos para las demás solicitudes represadas, pero sí que la época en que se ordenara hacerla correspondiera a un término razonable y oportuno. (Sentencia T-231-02) (R.D)

3.1 ACCIÓN DE INVESTIGACIÓN

La acción de investigación de paternidad no está sujeta a plazo, no pende de condición, no prescribe, y, además, debe interponerse, sin condiciones, ni miramientos, por quien ejerza la patria potestad del niño o su guarda, por el defensor de familia o por el Ministerio Público, e incluso por aquel que tenga, o haya tenido a su cargo el cuidado, la crianza o la educación del menor –artículo 13 Ley 75 de 1968-. (Sentencia T-1008-02) (R.D.).

De suerte que infringe la Carta Política, y por ende incurre en vía de hecho, el fallador que restringe el ejercicio de la acción de investigación de paternidad instaurada a nombre de un menor, con limitaciones y condicionamientos que no sirven sino para prolongar su abandono, y favorecer la irresponsabilidad de sus progenitores. (Sentencia T-1008 - 02) (R.D.).

Anteriormente, la única forma que había de determinar la paternidad era por medio de los supuestos que regula el Código Civil, pero hoy en día con el avance de la tecnología y la ciencia vemos como esas presunciones se pueden desvirtuar más fácilmente con la nombrada prueba del ADN, sin embargo, la presunción de la paternidad del código civil siempre ha sido una presunción de hecho que admite prueba en contrario y hoy, una prueba fundamental en contrario es la prueba del ADN.

3.2 PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD

La Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera sobre la posible impugnación judicial de la presunción de la paternidad.

En cuanto se trata de una presunción legal *-ab origine-*, que admite prueba en contrario, la misma puede ser desvirtuada judicialmente a través de la acción impugnatoria del estado de hijo legítimo; acción que puede intentar tanto el marido como el propio hijo, de conformidad con lo estatuido en los artículos 214 y siguientes del C.C., adicionados por el artículo 3 de la Ley 45 de 1936, a su vez modificado en su redacción por el 3º de la Ley 75 de 1968. En relación con esto último, es de interés destacar que, a partir de la Sentencia C-109 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), la posibilidad de desvirtuar judicialmente la presunción de paternidad puede intentarse por el marido y por el hijo en igualdad de condiciones. Ello, por cuanto en la citada sentencia, la Corte decidió “[extender] al hijo de mujer casada las causales con que cuenta hoy el marido para impugnar la presunción de paternidad, esto es, las previstas en los artículos 214 y 215 del Código Civil y en el artículo 5 de la Ley 95 de 1890”. (Sentencia T- 277-02) (O.B)

A este respecto, habrá de señalarse también, que si la pretensión de la actora era lograr que se definiera la filiación de su hijo, bajo la consideración de que el mismo es producto una relación extramatrimonial, no es la tutela el mecanismo judicial idóneo para cumplir tal objetivo. Como lo tiene establecido la jurisprudencia constitucional sobre la materia, mediante el ejercicio de la acción impugnatoria del estado de hijo legítimo, es la jurisdicción ordinaria de familia la competente para establecer la paternidad y, por tanto, la llamada a desvirtuar la presunción de legitimidad a que hace expresa referencia el artículo 213 del C.C. y sus disposiciones concordantes (art. 53 del Decreto 1260 de 1970). Sobre el punto, expreso la Corte lo siguiente:

“Definitivamente, ante semejante pretensión, debe la Corte declarar que no es la acción de tutela el mecanismo jurisdiccional indicado para obtener que se defina la filiación, ni para investigar la maternidad o la paternidad.” (Sentencia C-106/96, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). (Sentencia T- 277-02.) (R.D)

PADRES

- 1. La función de los Padres dentro de la Familia.**
- 2. Igualdad de los Hijos dentro de la Familia**
- 3. Deberes y Derechos de los Padres**

Como es sabido por todos la crianza y educación de los hijos corresponde a los padres, constituyéndose en una obligación de éstos para con los menores; es una labor de difícil desarrollo en la medida que no es posible determinar cuál es la manera ideal de educar.

En los siguientes párrafos se muestran algunas reglas que han sido señaladas por la Corte Constitucional y que se deben tener en cuenta al momento de criar a un hijo, indicándose entre otras cosas el trato que deben recibir y el deber que tienen de educarlos.

1. LA FUNCION DE LOS PADRES DENTRO DE LA FAMILIA

La familia es un santuario, pero no un santuario vedado al juez ni inmune a los mandatos constitucionales. Un juez no puede, por ejemplo, so pretexto del respeto a la intimidad de la familia, hacer ojos ciegos a los casos en los que menores son sometidos a tratos crueles e inhumanos o a vejaciones degradantes. Pero por otra parte, como ya se anotó, la Constitución también demanda al juez de tutela consideración para la intimidad familiar. Los padres tienen un amplio margen para decidir cómo desean educar a sus hijos. No todos los miembros de una familia son iguales, tienen las mismas cualidades, los mismos defectos o el mismo carácter. La Constitución confió a los padres la decisión de cuál debe ser el trato que debe recibir cada uno de los hijos para su adecuada formación. En virtud de garantías tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 15 de la C.P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.), y el derecho a la familia (art. 42 de la C.P.), la vida familiar sólo puede ser objeto de la intervención del juez constitucional en los casos en los que haya razones de suficiente entidad para ello, porque se evidencian transgresiones al orden constitucional, en especial porque se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de quienes la componen, sin que exista un medio judicial alternativo de protección. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

2. IGUALDAD DE LOS HIJOS DENTRO DE LA FAMILIA

De otro lado, si bien la Constitución impide discriminar entre hijos, no exige que todos los hijos sean tratados de manera idéntica por sus progenitores. Ello es no solo imposible – y quizás pedagógicamente inconducente – sino que la igualdad permite que las diferencias de personalidad entre los hijos reciban también respuestas y tratamientos diferentes de los padres, consultando el interés de los hijos y respetando su derecho al desarrollo libre e integral, entre otros derechos. Sin embargo, estas diferencias no pueden fundarse en si los hijos fueron habidos dentro o fuera del matrimonio. Ese criterio de distinción constituye una discriminación por razón del origen familiar prohibida por el artículo 13 superior. Además, la Constitución protege el derecho fundamental a la intimidad familiar (artículo 42 inciso 3 C.P.), lo cual debe ser ponderado por el juez en cada caso, pues la intimidad no

puede erigirse en un escudo que impida que el juez –incluido el de tutela– garantice el goce efectivo de los derechos. También es pertinente advertir que si bien las decisiones sobre la educación de los hijos no le competen a los jueces, sino a los padres (artículo 42 inciso 8 C.P.), ello no significa que al ejercer sus responsabilidades como cabezas de la familia puedan actuar de manera arbitraria y caprichosa en desmedro de los derechos de sus hijos, en especial el derecho fundamental a la igualdad de derechos consagrado en el inciso 6 del artículo 42 C.P. que dice: “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

Así pues, el derecho a la igualdad entre los hijos no garantiza que a todos se les deba dar exactamente el mismo trato y acceso a oportunidades idénticas; el derecho a la igualdad garantiza que a ninguno de los hijos, sistemáticamente, se le dé un trato inferior al de los demás o se le excluya, total o parcialmente, de las oportunidades a las que éstos tienen acceso. Un padre o una madre pueden tener preferencias en ciertos aspectos respecto de ciertos hijos, y en otros aspectos respecto de otros. Por ejemplo, una madre o un padre, legítimamente, puede brindar más oportunidades a quien las ha sabido aprovechar. Lo que les está vedado a los padres es imponer tratos discriminatorios, y excluir del acceso a las oportunidades sistemáticamente a un hijo en razón, por ejemplo, a su raza, su sexo o a si fue concebido dentro de un matrimonio o no. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

Como se menciono anteriormente, proporcionar a los menores el acceso a la educación es deber de los padres, en la medida en que esta constituye un derecho fundamental de los niños que debe ser suministrado por ellos, ya que los menores no se encuentran en la posibilidad de hacerlo por sí solos.

3. DEBERES Y DERECHOS DE LOS PADRES

Igualmente ha señalado que en el proceso educativo no solamente surgen derechos para las personas, sino que se configuran deberes a cargo de los diferentes sujetos que intervienen en el mismo -Estado, sociedad y familia artículo 67 C.P.-, con el objeto de que contribuyan conjuntamente a realizar la función y los fines a que se ha hecho referencia. Así las cosas, la familia como núcleo fundamental de la sociedad es la primera obligada a la educación de los hijos – artículo 42 C.P.-, para lo cual la Constitución le reconoce a los padres el derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores, pudiendo optar por la educación otorgada por el Estado o por los particulares y adquiriendo deberes distintos en razón a la naturaleza de una y otra –artículo 68 C.P.-. (Sentencia T-288-03) (O. B.)

Es sabido por todos que además de los deberes ya mencionados, los padres tienen uno y es el de representar legalmente a sus hijos, por lo cual los menores ejercen todos sus derechos a través de ellos, lo cuál ocurre hasta que sean capaces legalmente de ejercerlos, es decir, hasta cumplir la mayoría de edad.

Para la Sala, si la persona es capaz para interponer la acción de tutela, no es aceptable que otra persona, ni siquiera sus padres lo hagan por ésta, pues no se estaría reflejando la autonomía de la voluntad y el interés que tiene en hacer valer sus derechos. (Sentencia T-565-03) (R. D.)

Sobre este aspecto, la Corte en sentencia T 294 de 2000 dijo:

"..... los padres en relación con sus hijos mayores de edad, al no tener la representación de éstos, sólo podrán interponer acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de aquéllos, cuando el hijo se encuentre en la imposibilidad de interponer ésta directamente. En estos casos, el padre actuará como un agente oficioso y no como su representante..." (Sentencia T-565-03) (R. D.)

"... En esta materia, el juez ha de ser absolutamente estricto, pues ampliar la posibilidad de representación de los padres a los hijos mayores de edad, puede convertirse en la negación de su personalidad, de su libre albedrío, etc. Por medio de este amplificador de legitimidad, por llamarlo de alguna manera, basado en el lazo familiar o en el amor filial, podría llegar el padre a obtener por parte del juez de tutela órdenes contrarias a los derechos del hijo, y, específicamente su voluntad, desconociendo, principalmente, su autonomía. Por tanto, el exigir que el interesado sea quien directamente reclame por sus derechos no puede considerarse como un mero formalismo, pues lo que está en juego, en estos casos, es la libertad de cada sujeto para autodeterminarse y disponer de sus derechos. (Sentencia T-565-03) (R. D.)

".... Es claro, entonces, que los únicos eventos en que el padre de un mayor de edad puede ejercer la defensa directa de los derechos fundamentales de éste, es cuando el hijo, mayor de edad, se encuentre en imposibilidad ejercer directamente su defensa, hecho que tendrá que ponerse en conocimiento del juez al momento de instaurarse la acción de tutela, o en el trámite de la misma. Se acepta que el padre puede actuar como agente oficioso de su hijo mayor de edad, más no como su representante." (se subraya) (Sentencia T-565-03) (R. D.)

Esta Corporación en Sentencia T-565 de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), al resolver un caso sustancialmente idéntico, concluyó que si la persona es capaz para interponer la acción de tutela, no es aceptable que otra persona, **ni siquiera sus padres lo hagan por ésta**, pues se estaría pretermitiendo el ejercicio autónomo de su voluntad. (Sentencia T-711-03) (R.D)

Sobre este aspecto, es pertinente reiterar lo expuesto en Sentencia T-294 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en la cual se afirmó que: "(...)los padres en relación con sus hijos mayores de edad, al no tener la representación de éstos, sólo podrán interponer acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales de aquéllos, cuando el hijo se encuentre en la imposibilidad de interponer ésta directamente. En estos casos, el padre

actuará como un agente oficioso y no como su representante. (Sentencia T-565-03) (R. D.)

...En esta materia, el juez ha de ser absolutamente estricto, pues ampliar la posibilidad de representación de los padres a los hijos mayores de edad, puede convertirse en la negación de su personalidad, de su libre albedrío, etc. Por medio de este amplificador de legitimidad, por llamarlo de alguna manera, basado en el lazo familiar o en el amor filial, podría llegar el padre a obtener por parte del juez de tutela órdenes contrarias a los derechos del hijo, y, específicamente su voluntad, desconociendo, principalmente, su autonomía. Por tanto, el exigir que el interesado sea quien directamente reclame por sus derechos no puede considerarse como un mero formalismo, pues lo que está en juego, en estos casos, es la libertad de cada sujeto para autodeterminarse y disponer de sus derechos. (Sentencia T-565-03) (R. D.)

HIJOS

1. Igualdad entre los hijos
2. Derechos de los Hijos
3. Mecanismos de Protección de los Hijos

En los diferentes extractos que se van a encontrar a continuación, la Corte Constitucional busca una igualdad y trato sin discriminación a los hijos, ya que ante todo lo que se quiere lograr es la protección del menor y que este pueda tener un desarrollo pleno libre de cualquier trauma.

1. IGUALDAD ENTRE LOS HIJOS

Para la jurisprudencia constitucional, el derecho a la igualdad en el marco de las relaciones familiares tiene un impacto importante y busca ante todo garantizar que los hijos no serán sometidos a tratos discriminatorios. Precisamente, el desarrollo jurisprudencial en esta materia se ha ocupado en especial de la discriminación sistemática a la que social y legalmente se sometió, y aún se somete, en Colombia a los hijos habidos por fuera del matrimonio. El derecho a la igualdad tiene clara repercusión en el ámbito de las relaciones familiares, pues tal como lo prescribe el inciso 4° del artículo 42 de la Carta, "[l]os hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes". (Sentencia T-288-03) (R. D.)

La jurisprudencia de la Corte así lo ha reconocido. Por ejemplo, en la Sentencia C-105 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía) esta Corporación declaró la inexecutable de la palabra "legítimos" contenida en varias normas del Código Civil. La Corte estimó en esa oportunidad que la Constitución reconocía la igualdad entre todos los hijos y que el uso de dicho término resultaba discriminatorio y que, por lo tanto, vulneraba el artículo 13 de la Carta. En igual sentido, en la Sentencia C-595 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía) se declaró la inexecutable de los artículos 39 y 48 del Código Civil en lo que se definía la consanguinidad ilegítima y la afinidad ilegítima, respectivamente. La Corte señaló que "[...] la declaración de inexecutable es razonable porque elimina la posibilidad de cualquier interpretación equivocada de la expresión "ilegítimo", y ratifica toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de trato discriminatorio por el origen familiar". (Sentencia T-288-03) (R. D.)

En la Sentencia C-289 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), se declaró la inexecutable de la expresión "de precedente matrimonio" contenidas en los artículos 169 y 171 del Código Civil, relativa a los hijos de quien quisiera volver a contraer vínculo marital. La Corte consideró que tales referencias eran excluyentes dado que existía la posibilidad de que hubiese hijos que no fueran de un matrimonio anterior sino de otras formas de unión marital. En efecto, en esa

oportunidad se señaló que "[...] se evidencia una aplicación concreta del principio de igualdad que cobija a las diferentes clases de familia que puedan conformarse". (Sentencia T-288-03) (R. D.)

Por vía de tutela, esta Corporación, en fallo de unificación, también ha reconocido el alcance de la igualdad que la Carta reconoce a los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él. En la Sentencia SU-253 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) se concedió una tutela interpuesta por una madre en nombre de su hijo menor de edad y habido fuera del matrimonio, a quien no se le entregaba la cuota que le correspondía de la pensión de sobreviviente de su padre, con base en el argumento según el cual no se había acreditado el derecho a disfrutar de esta prestación. La Corte Constitucional sostuvo en esa oportunidad que "[e]l artículo 42 de la Constitución Política otorga la misma importancia a toda familia, independientemente de que haya surgido merced a la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o, sin matrimonio, por la voluntad responsable de conformarla; y, como consecuencia de ello, declara sin ambages que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. Y ello no solamente en relación con el trato que les brinde la ley –de la cual han quedado definitivamente excluidas las odiosas distinciones como las de los hijos naturales o ilegítimos– sino respecto del que les deben dispensar sus propios padres, las autoridades administrativas, los establecimientos educativos y la comunidad en general". La Corte resolvió que el menor en cuyo favor se había interpuesto la tutela, tenía derecho a que se le asignara una tercera parte de la pensión de sobreviviente de su padre y que las otras dos terceras partes serían para las dos hijas habidas en el matrimonio del causante. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

En este orden de ideas, se observa que, en virtud de la prescripción constitucional según la cual los hijos habidos en el matrimonio y los habidos fuera de él gozan de los mismos derechos, la jurisprudencia constitucional ha rechazado cualquier forma de discriminación entre ellos, esto es, cualquier diferencia de trato que se base únicamente en que los unos son hijos nacidos dentro de un matrimonio y los otros no. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

De otro lado, si bien la Constitución impide discriminar entre hijos, no exige que todos los hijos sean tratados de manera idéntica por sus progenitores. Ello es no solo imposible – y quizás pedagógicamente inconducente – sino que la igualdad permite que las diferencias de personalidad entre los hijos reciban también respuestas y tratamientos diferentes de los padres, consultando el interés de los hijos y respetando su derecho al desarrollo libre e integral, entre otros derechos. Sin embargo, estas diferencias no pueden fundarse en si los hijos fueron habidos dentro o fuera del matrimonio. Ese criterio de distinción constituye una discriminación por razón del origen familiar prohibida por el artículo 13 superior. Además, la Constitución protege el derecho fundamental a la intimidad familiar

(artículo 42 inciso 3 C.P.), lo cual debe ser ponderado por el juez en cada caso, pues la intimidad no puede erigirse en un escudo que impida que el juez –incluido el de tutela– garantice el goce efectivo de los derechos. También es pertinente advertir que si bien las decisiones sobre la educación de los hijos no le competen a los jueces, sino a los padres (artículo 42 inciso 8 C.P.), ello no significa que al ejercer sus responsabilidades como cabezas de la familia puedan actuar de manera arbitraria y caprichosa en desmedro de los derechos de sus hijos, en especial el derecho fundamental a la igualdad de derechos consagrado en el inciso 6 del artículo 42 C.P. que dice: “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica tienen iguales derechos y deberes”. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

La familia es un santuario, pero no un santuario vedado al juez ni inmune a los mandatos constitucionales. Un juez no puede, por ejemplo, so pretexto del respeto a la intimidad de la familia, hacer ojos ciegos a los casos en los que menores son sometidos a tratos crueles e inhumanos o a vejaciones degradantes. Pero por otra parte, como ya se anotó, la Constitución también demanda al juez de tutela consideración para la intimidad familiar. Los padres tienen un amplio margen para decidir cómo desean educar a sus hijos. No todos los miembros de una familia son iguales, tienen las mismas cualidades, los mismos defectos o el mismo carácter. La Constitución confió a los padres la decisión de cuál debe ser el trato que debe recibir cada uno de los hijos para su adecuada formación. En virtud de garantías tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 15 de la C.P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P.), y el derecho a la familia (art. 42 de la C.P.), la vida familiar sólo puede ser objeto de la intervención del juez constitucional en los casos en los que haya razones de suficiente entidad para ello, porque se evidencian transgresiones al orden constitucional, en especial porque se amenazan o vulneran los derechos fundamentales de quienes la componen, sin que exista un medio judicial alternativo de protección. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

Así pues, el derecho a la igualdad entre los hijos no garantiza que a todos se les deba dar exactamente el mismo trato y acceso a oportunidades idénticas; el derecho a la igualdad garantiza que a ninguno de los hijos, sistemáticamente, se le dé un trato inferior al de los demás o se le excluya, total o parcialmente, de las oportunidades a las que éstos tienen acceso. Un padre o una madre pueden tener preferencias en ciertos aspectos respecto de ciertos hijos, y en otros aspectos respecto de otros. Por ejemplo, una madre o un padre, legítimamente, puede brindar más oportunidades a quien las ha sabido aprovechar. Lo que les está vedado a los padres es imponer tratos discriminatorios, y excluir del acceso a las oportunidades sistemáticamente a un hijo en razón, por ejemplo, a su raza, su sexo o a si fue concebido dentro de un matrimonio o no. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

Para que, entre hijos, una diferencia de trato o la exclusión del acceso a una oportunidad sea considerada discriminatoria el juez de tutela puede acudir a varios criterios, los cuales han de ser apreciados en su conjunto, caso por caso. A continuación se enuncian estos criterios y luego se resolverá el problema jurídico con base en ellos.

(a) Si el trato diferente o la exclusión de una oportunidad es *notorio*. Respecto de los hijos, la diferencia en el acceso a las oportunidades o en la forma como se les trata cuando es clara y manifiesta puede indicar que hay una discriminación. Pero este criterio por sí solo es insuficiente.

(b) Si la diferencia de trato o la exclusión de una oportunidad *afecta derechos y valores constitucionales*. El juez de tutela debe asegurarse de que el trato diferente, por ejemplo, limita, restringe o condiciona en cualquier sentido un derecho constitucional, o desconoce valores y principios constitucionales. De lo contrario, no estarían comprometidos intereses constitucionalmente protegidos. Así, por ejemplo, la afectación de derechos constitucionales existe en el ámbito de la educación escolarizada, pero ella no es apreciable en la asignación de un lujo.

(c) Si *la afectación de tales derechos o valores constitucionales es grave*, es decir, si limita o impide a alguno de los hijos el acceso a un bien o servicio de los que otros disfrutaban, con repercusiones negativas respecto de sus condiciones de vida o su desarrollo personal, lo cual le causa un perjuicio en un sentido más amplio que el meramente patrimonial.

(d) Si *la diferencia de trato o la exclusión del acceso a una oportunidad se basa en un juicio de desvalor*, es decir, en la estimación de que un hijo vale más o menos que los demás (por ejemplo: cuando se actúa suponiendo que “como él es hijo habido fuera del matrimonio es menos valioso, y por tanto merece menos”). Todos los hijos, sean del matrimonio o no, tienen igual valor y son igualmente dignos.

(e) Si la diferencia de trato o la exclusión de una oportunidad *carece de alguna razón legítima que pueda justificarla*. Por ejemplo, si un padre decide matricular a uno de los hijos, luego de que lo expulsaron por bajo rendimiento académico del colegio de sus hermanos, en un plantel de menor calidad que la de aquel en el cual siguen estudiando sus hermanos, con el propósito de que aprenda a valorar la educación de buena calidad, no puede afirmarse que la diferencia de trato carezca de una razón legítima que la justifique. Si bien esta decisión puede ser contraproducente y contraria a lo que algunas teorías educativas aconsejarían, la determinación del padre no carece de alguna razón, así ésta no sea pedagógicamente adecuada. No obstante, el juez debe estar atento a que no se adopten decisiones que se basen en prejuicios sociales o generalizaciones parciales apresuradas. No sería racional, por ejemplo, que un padre justificara la decisión de pagar únicamente los estudios de educación superior a su hijo, con base en el absurdo supuesto de que su hija, por ser mujer, no tendría éxito y no acabaría la carrera. Una situación así no puede ser tolerada por un juez, aún si quien la comete, cree de buena fe en ese prejuicio. No obstante, es preciso indicar que el juez de tutela ha de ser muy cuidadoso para evitar que las discriminaciones

puedan ser disfrazadas como opciones racionales bien fundadas.

(f) Como la prueba de estos criterios puede ser difícil, el juez de tutela puede apreciar los hechos en cada caso a la luz del contexto dentro del cual han ocurrido con el fin de valorar si sucedieron en un *contexto discriminatorio*. Se presenta un contexto discriminatorio cuando se constata la existencia de alguno de los siguientes elementos:

(f-i) *Un ánimo discriminatorio*, es decir, el propósito reflejado en una serie de manifestaciones externas de causarle consecuencias negativas a un hijo, a diferencia de los demás. El ánimo discriminatorio no es la razón íntima y privada que llevó al padre o la madre a tratar diferente a uno de sus hijos. Su identificación no demanda una búsqueda psicológica hasta hallar “el verdadero motivo”, “el verdadero pensamiento o sentimiento que explica todo”. El ánimo discriminatorio puede ser constatado por un observador externo a partir de hechos objetivos.

Esto lleva a otro elemento que puede indicar la existencia de un contexto discriminatorio: (f-ii) *la reiteración de la conducta*. La discriminación no se da cuando en alguna ocasión, y por una única vez, el padre prefirió a uno de sus hijos y le dio algún beneficio frente a los demás. Un contexto discriminatorio puede existir cuando el juez constata, de parte del padre o de la madre o de ambos, un patrón de conducta mediante el cual un hijo soporta cargas excesivas, es excluido de beneficios y oportunidades, es relegado o marginado, es destinatario específico de decisiones que tienen un impacto negativo sobre él o ella.

En tercer lugar, un claro indicador de un contexto discriminatorio se presenta cuando (f-iii) *el trato diferencial o la exclusión de una oportunidad se funda en un criterio sospechoso*. Aunque será tan sólo en el caso concreto que el juez podrá determinar si en efecto existe o no discriminación, cuando el trato diferente del cual se queja un hijo tiene por sustento una de las categorías enunciadas en el artículo 13 de la Constitución y consideradas como “sospechosas”, el análisis debe ser más cuidadoso, por cuanto es probable que éste obedezca a un prejuicio, no a una decisión legítima. Los criterios sospechosos de clasificación son aquellos que tradicionalmente han sido empleados en el pasado para excluir a ciertos grupos sociales, tales como la raza, el sexo, la religión o la ubicación social. Como se mencionó antes, en el contexto de las relaciones familiares entre padres e hijos, si el hijo nació en el marco de una relación matrimonial o no, ha sido una de las fuentes más importantes de discriminación, la cual suele coincidir además, con una discriminación por razón de ubicación social. En el presente fallo, por ejemplo, se ha decidido deliberadamente clasificar a las personas según las categorías de hijo *matrimonial* y *extramatrimonial*, por la carga emotiva y simbólica que han heredado de las expresiones “*hijo natural*” o “*hijo ilegítimo*”, palabras con las que comúnmente se apartaba, alejaba y menospreciaba a ciertos niños y a ciertas niñas. El que el trato diferente o la exclusión de una oportunidad se funde en un criterio sospechoso, si bien no es razón suficiente para considerar que hay discriminación, sí es un indicador de mucho peso de que existe un contexto discriminatorio. (Sentencia T-288-03) (R. D.)

Un tema que igualmente presenta una gran importancia, es el de la educación que

deben recibir todos los menores, la cual debe en la gran mayoría de los casos ser cubierta por sus padres, pero quienes en algunas oportunidades especiales utilizan mecanismos proporcionados por el gobierno, como es el caso de un subsidio familiar para la educación de las familias menos favorecidas, que aparte de ayudar a los padres a cumplir con su obligación, se convierte en un mecanismo para contrarrestar el analfabetismo en los niños mayores de 12 años.

2. DERECHOS DE LOS HIJOS

Como se advierte, el requisito fijado por el legislador se orienta a garantizar que los padres cumplan con la responsabilidad de educar a sus hijos, y les brinda correlativamente mediante el subsidio familiar una ayuda en dinero para contribuir en los gastos que por el sostenimiento de ésta se causen. (Sentencia C-653-03) (O.D.)

La norma parcialmente acusada, no atenta entonces contra el derecho de los niños y las niñas a la educación y ni a beneficiarse a través de sus padres y hermanos del subsidio familiar, lo cual está en consonancia con los principios de protección especial e interés superior del menor que, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, provienen no sólo de la legislación sino de los tratados y convenios internacionales adoptados por Colombia, que a la luz del artículo 93 Superior prevalecen sobre la normatividad interna. (Sentencia C-653-03) (R. D.)

3. MECANISMOS DE PROTECCION DE LOS HIJOS

Finalmente, para la Sala el requisito de acreditación de escolaridad a que hacen referencia los apartes acusados del artículo 3º de la Ley 789, es una medida no sólo admisible sino que busca la realización de objetivos constitucionalmente importantes, como impedir que los niños mayores de doce (12) años desarrollen actividades de tipo laboral en lugar de desarrollar las labores académicas propias de quien está en proceso de formación. Esto justifica entonces que a partir de esa edad deba cumplirse con el requisito de la acreditación de la escolaridad. (Sentencia C-653-03) (R. D.)

Una interpretación contraria, llevaría a la irrazonable conclusión que en el caso de un recién nacido también tendría que acreditarse el mencionado requisito. Como bien lo anota uno de los intervinientes, con el precepto parcialmente demandado se impide que se utilicen a los hijos o hermanos menores de edad como una fuente de ingresos adicionales del grupo familiar y asegura en buena medida que se cumpla con la responsabilidad que le asiste a los padres y a quienes hacen sus veces en el caso de los huérfanos de padres, en la formación de los niños que dependen económicamente de ellos. (Sentencia C-653-03) (R.D.)

RELACION PATERNO - FILIAL

1. Derecho a los Menores a tener una Personalidad Jurídica
2. La Paternidad como Derecho Fundamental

La Corte Constitucional busca proteger el bienestar del menor así como su buen desarrollo en la sociedad, estableciendo la personalidad jurídica de los menores como un derecho del cual deben gozar todos los niños, con la finalidad de que tengan un proceso adecuado de crecimiento y no se vayan a ver perjudicados en ningún aspecto.

A continuación se tocan los elementos más importantes señalados por la Corte en los últimos años frente al tema.

1. DERECHO A LOS MENORES A TENER UNA PERSONALIDAD JURÍDICA

De manera reiterada esta Corporación se ha referido al reconocimiento de la personalidad jurídica como derecho susceptible de ser amparado por vía de tutela, porque dicho reconocimiento comporta la definición de relaciones paterno filiales de gran trascendencia en el desarrollo afectivo, emocional, social y económico de los menores de edad³⁶.(Sentencia T-1008-02) (R. D.)

El derecho de los niños a la personalidad jurídica supone la posibilidad de gozar de una identidad que condiga con su relación paterno filial, como quiera que los menores tienen derecho a usar un nombre seguido de los apellidos de sus dos progenitores, como lo prevén las normas civiles, a fin de que puedan distinguirse y sean socialmente reconocidos, como se nombran todas las personas. (Sentencia T-1008-02) (R. D.)

Lo anterior indica que la definición de la relación filial de un menor no puede permanecer en entredicho, porque el establecimiento de su identidad es asunto esencial y de imperativo cumplimiento, no sólo para las personas que de una u otra manera se relacionan o se hubieren relacionado con el niño, sino para el Estado, quien debe establecer condiciones propicias para que en la mayor brevedad, sin dilaciones, sin impedimentos, ni trabas, los menores puedan ser nombrados por su verdadera identidad, y así mismo demandar de progenitores y

³⁶Esta Corporación consideró contrarias a la Carta Política las disposiciones del Código Civil que restringían el derecho de los hijos a impugnar la paternidad, al igual que las disposiciones que no incluían los avances científicos que permiten esclarecer la filiación, con miras a hacer efectivos los derechos y las obligaciones paterno-filiales -sentencias C- 109 de 1995, C-04 de 1998, C-800 de 2000, C-1492 de 2000, C-243 de 2001, T- 979 y 1342 de 2001, entre otras.

parientes el cabal cumplimiento de sus obligaciones. (Sentencia T-1008-02) (R.D.)

Seguidamente la Corte hace un pequeño análisis de lo que puede significar para un menor crecer sin tener una relación Paterno – Filial.

2.LA PATERNIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL

“[E]n lo que concierne a la incidencia del cuidado paterno en el desarrollo infantil, tales estudios ponen de presente que si los niños desde que nacen pueden descubrir al padre y diferenciarlo de la madre, esta conexión con aquél es importante para su desarrollo. Es así como consideran que los niños que han tenido un padre que les brinda cuidado y amor durante los primeros dieciocho o veinticuatro meses de vida son más seguros en la exploración del mundo que les rodea, y son más curiosos y menos dubitativos frente a los nuevos estímulos. También han demostrado que el alto coeficiente intelectual de los hijos está asociado al cuidado paterno permanente, así como también lo están el autocontrol, la sensibilidad moral y el desarrollo físico” (Sentencia T- 709-03). (R.D)

Así pues, para el legislador el objetivo de este derecho consiste en que, compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tan preciado, se atienda su interés superior, permitiéndole su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno - filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad. (Sentencia T- 709-03). (R.D)

DERECHOS PADRES E HIJOS

1. Prevalencia de los intereses de los menores y el equilibrio con los derechos de los padres.

2. Derechos de los padres

Respecto al tema de los derechos de padres e hijos, hay una sola sentencia entre los años 2002 y 2003 que habla al respecto, y es la sentencia T-510 de 2003, en ella se establece que es cierto que los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás pero aclara que esto no es óbice para que se dejen de lado los derechos de sus padres, por el contrario se determina que al momento de determinar cual es la opción mas favorable para un menor se deben tener en cuenta los derechos de las personas vinculadas con el menor, en especial, los derechos de sus padres, Así mismo se hace alusión a los derechos que tienen los padres respecto de sus hijos entre los cuales se destacan los siguientes: el derecho a recibir el respeto y la obediencia de sus hijos, el derecho a ser cuidado por ellos en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitaren sus auxilios, el derecho a escoger el tipo de educación que recibirán sus hijos menores, y los derechos sucesorales reglamentados por el Código Civil.

1. PREVALENCIA DE LOS INTERESES DE LOS MENORES Y EL EQUILIBRIO CON LOS DERECHOS DE LOS PADRES.

En la sentencia T-510-2003 se establece que los intereses de los menores prevalecen sobre los intereses de los demás, pero esto no implica que no se deban tener en cuenta los derechos de sus padres, sobre este punto la Corte determina lo siguiente:

Es necesario tener en cuenta que, según lo estableció esta Corporación en la sentencia T-408 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), el interés del menor *“debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo”*; no obstante, ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres. Por el contrario: el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El sentido mismo del verbo *“prevalecer”*³⁷ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre

³⁷ De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prevalecer” significa, en su primera acepción, “sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras”.

dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se *deben* tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual “los estados 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”³⁸. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Siguiendo con lo atinente al interés del menor, es de suma importancia observar una serie de reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de las circunstancias de cada situación particular. En lo que concierne a los derechos de padres e hijos existe un parámetro que se debe tener en cuenta para determinar ese interés superior.

3.1.4. *Equilibrio con los derechos de los padres.* Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, por lo tanto cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga

³⁸ En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que “los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”.

en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo. (Sentencia T-510-03) (O.D)

2. DERECHOS DE LOS PADRES.

Así mismo y con relación a los derechos de los padres la sentencia T-510-03 establece lo siguiente: En efecto, tanto la maternidad como la paternidad constituyen condiciones reconocidas y protegidas por el sistema jurídico colombiano, que deriva de ellas claros derechos para los progenitores³⁹, entre los cuales se destacan el derecho a recibir el respeto y la obediencia de sus hijos⁴⁰, el derecho a ser cuidado por ellos “*en su ancianidad, en el estado de demencia, y en todas las circunstancias de la vida en que necesitare sus auxilios*”,⁴¹ el derecho a escoger el tipo de educación que recibirán sus hijos menores⁴², y los derechos sucesorales reglamentados por el Código Civil. Por esta razón, el derecho a la familia ha sido catalogado como un derecho de “doble vía” que asiste a todos los miembros del grupo familiar. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Sin embargo, tal y como esta Corporación ha reiterado en numerosas oportunidades, la naturaleza y el alcance de los derechos de los padres se evalúan en función del cumplimiento de los caros deberes y responsabilidades propios de su condición. Así, se ha afirmado que la maternidad, en tanto derecho humano reconocido a nivel nacional e internacional,⁴³ impone los deberes de amor y cuidado hacia el hijo, de cuyo cumplimiento depende el efectivo reconocimiento de los derechos inherentes a tal condición (Sentencia T-510-03) (O.D)

:

³⁹ Así, el artículo 42 de la Carta establece que la familia debe ser objeto de especial protección, la cual se extiende a todos los miembros que la componen, y el artículo 43 Superior provee especial protección a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia.

⁴⁰ Código Civil, art. 250

⁴¹ Código Civil, art. 251

⁴² Constitución Política, art. 68

⁴³ El artículo 25-2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que la maternidad y la niñez son condiciones dignas de especial protección.

DERECHOS DEL MENOR

1. Derechos Del Menor Frente A La Adopción.
2. Derechos Fundamentales Del Menor Y Su Consagración En Instrumentos Internacionales.
3. El Principio De La Prevalencia De Los Derechos De Los Niños Sobre Los Derechos De Los Demás.
4. La Familia Como Derecho Del Menor.
5. Consagración Constitucional De Los Derechos Del Menor, Sus Derechos Fundamentales Y El Respeto De Los Mismos Por Parte De Las Autoridades Públicas.
6. Criterios Para Determinar El Interés Superior Del Menor En Los Casos De Adopción.

Sobre el tema de los derechos del menor hay un gran número de sentencias entre los años 2002 y 2003, las cuales desarrollan temas centrales como lo atinente a los derechos fundamentales del menor, su protección constitucional tanto en la legislación interna como en instrumentos internacionales. Así mismo, en la mayoría de dichas sentencias se reiteran los siguientes aspectos: el principio según el cual los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, el derecho de los menores a tener una familia y a no ser separados de ella, el interés superior del menor, y la protección de dicho interés por la familia, la sociedad y el Estado, entre otros.

1. DERECHOS DEL MENOR FRENTE A LA ADOPCION

La Corte Constitucional en innumerables providencias ha establecido que en los casos en que se vaya a realizar una adopción se deberán salvaguardar los derechos del menor, es así, como se ha establecido que la adopción se deberá efectuar centrándose siempre en los intereses de los niños y no en los intereses de los adultos, respecto a este tema la sentencia T-249-2002 establece lo siguiente:

En el caso concreto, la omisión en que se incurrió por el juez de segunda instancia respecto de los requisitos de procedibilidad de la tutela, condujo a que tomara una decisión que, a juicio del Director de la Regional Antioquia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, cambió el concepto moderno de la adopción que está centrada en el niño y no en el adulto,

tratando al máximo de satisfacer las preferencias de éste en cuanto a la raza, sexo, edad del niño o niña adoptable, cuya consecuencia sería el incremento en el número de niños y niñas y jóvenes de difícil adopción, porque las parejas solicitantes exigirían niños menores de once meses de edad, como el deseo de la gran mayoría; por lo tanto admitir sin mayor fórmula de juicio que el Comité de Adopciones debe satisfacer en un todo las preferencias de los solicitantes, en cuanto a las características y condiciones de los menores que desean adoptar, pues de lo contrario vulnera los derechos de los petentes a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, petición o debido proceso, como lo plantean los demandantes, implicaría también el tener que reconocer que no podría aplicar ninguno de los criterios o factores que el ICBF ha decantado a lo largo de su existencia, para preseleccionar y aprobar al solicitante de adopción en beneficio de los derechos de todos los menores, criterios que no entra esta Sala de la Corte a comentar y mucho menos a cuestionar, por no ser el escenario ni la oportunidad para ello, dada la improcedencia del amparo solicitado por los esposos CORDOBA VELÁSQUEZ. (Sentencia T-249-02) (R.D).

Así mismo, la Corte ha dicho que si hay un menor abandonado, dicho menor tendrá derecho a recibir protección por parte del Estado y una de las formas de hacerlo puede consistir en la adopción la cual es una medida de protección por excelencia, previo el riguroso cumplimiento de ciertos requisitos por parte del futuro adoptante y del hijo adoptivo. Pero aunque la adopción pueda ser la más preferible de las medidas de amparo para un menor abandonado, no siempre será posible ya sea por sus condiciones personales, por la situación de los eventuales adoptantes, o por circunstancias externas. En estos casos, aún cuando existe el deber de protección por parte del Estado, no puede afirmarse que éste necesariamente tendrá que reflejarse mediante la aprobación de la adopción. (Sentencia T-360-02) (R.D).

En virtud de ello, la ley puede exigir condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los adoptantes, las cuales apuntan precisamente a la satisfacción del interés superior del menor, y sin que por ello las personas que desean adoptar puedan aducir que ha sido afectado su derecho a formar una familia pues, como ya se ha dicho anteriormente, la institución de la adopción está constitucionalmente estructurada en favor del menor que carece de familia. (Sentencia T-360-02) (R.D).

2. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL MENOR Y SU CONSAGRACION EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.

Siguiendo con la doctrina constitucional respecto al tema de los derechos del menor hay que poner de presente que nuestro derecho interno en consonancia con la normatividad internacional, le reconoce al niño la condición de sujeto de especial

protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado, otorgando a sus derechos la categoría de fundamentales y prevalentes sobre los derechos de los demás (C.P. arts. 44 y 45). Respecto a esto último, a título meramente enunciativo, el artículo 44 de la Constitución Política consagra como derechos fundamentales de los niños, además de la vida, la integridad física y la salud, la seguridad social; la alimentación equilibrada; su nombre y nacionalidad; el tener una familia y no ser separado de ella; el cuidado y amor; la educación y la cultura; la recreación y la libre expresión de la opinión, agregando que también tienen tal carácter la gama de derechos que aparecen consagrados en el propio Estatuto Superior, en las leyes de la República y, en general, en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (Sentencia T-277-02) (O.D)

Por lo tanto, la protección especial del menor y la supremacía de sus derechos ha sido materia relevante en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (principio 2º) se consagra, entre otros aspectos, que el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios con el fin de que pueda desarrollarse no solamente físicamente, sino mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, en condiciones de libertad y dignidad. En el mismo sentido, el artículo 19 de la Convención Americana sobre derechos humanos establece que: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del estado. (Sentencia T-277-02) (O.D)

Así mismo, "La propia Constitución hace especial énfasis en el derecho de los niños a tener nombre, por ser esta la edad en que normalmente se adquiere. Es evidente que el ordenamiento jurídico reconoce y protege el derecho al nombre del niño, precisamente con el fin de que tenga un nombre durante toda su vida." (Sentencia T-090/95, M.P: Carlos Gaviria Díaz). (Sentencia T-277-02) (R.D)

El artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, declara que todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, al tiempo que el artículo 24-2 dispone que: "Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre". (Sentencia T-277-02) (R.D)

También, la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita en 1989, estipula en su artículo 7º-1 que "el 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". (Sentencia T-277-02) (R.D)

Además, el artículo 8º de la misma Convención dispone que "los Estados Partes se comprometen 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". Y agrega que "cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección debidas con miras a restablecer rápidamente su identidad". (Sentencia T-277-02) (O.D)

De otra parte, la investigación de la paternidad puede referirse a una persona adulta en busca de su verdadero progenitor o progenitora o como sucede en la mayoría de las veces, referirse a un menor de edad en cuyo caso, se deben tener en cuenta los derechos fundamentales de los niños que prevalecen sobre los de los demás (artículo 44 inciso 2 C. P.), que parece ser el criterio que llevó a nuestro legislador a imponer esta prueba como obligatoria y a señalar que cuando el presunto padre o madre se resiste a practicarse la prueba se le presume como tal (art. 8º. Ley 721 de 2001). (Sentencia C-807-02) (O.D)

Es por esto que, la ley busca determinar con exactitud quien es el padre o la madre de un niño; para proteger derechos fundamentales de los niños y dentro de ellos, el primero al cual debe tener derecho un niño: A tener un padre y una madre y la certeza de que esos son sus verdaderos padres. La ley tiene como fin hacer efectivos derechos fundamentales de los niños como el derecho al nombre, a tener una familia (art. 44 C.N.); al reconocimiento de su personalidad jurídica (art. 14 C.N.) y los que de ella se infieran como: (capacidad de goce, patrimonio, domicilio, estado civil, etc.). (Sentencia C-807-02) (O.D)

En cuanto al padre se refiere, transmite al hijo su apellido mediante el matrimonio o por acto de reconocimiento otorgado en los términos previstos en la ley, o como consecuencia de la investigación de la paternidad (Ley 75 de 1968). (Sentencia C-807-02) (O.D)

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, establece en su artículo 7º que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a adquirir un nombre y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (Sentencia C-807-02) (O.D)

En su Artículo 5º. Establece que "todo menor tiene derecho a que se defina su filiación. A esta garantía corresponde el deber del Estado de dar todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable". (Sentencia C-807-02) (O.D)

Dentro del mismo orden de ideas, hay que poner de presente que el Estado deberá garantizar los derechos fundamentales de los niños y el derecho a tener una personalidad jurídica, derechos estos que merecen especial protección para lo

cual el Estado deberá disponer de todos los medios y elementos necesarios para su pleno goce, derechos éstos que se encuentran íntimamente ligados con el derecho a tener un nombre, una familia, a conocer su origen y que son los que se tiende a proteger y hacer efectivos a través de los procesos de filiación. (Sentencia C-807-02) (R.D)

El artículo 44 de la Carta obliga a los progenitores a asistir y proteger al niño y otorga prevalencia a sus derechos sobre los derechos de los demás; por su parte la jurisprudencia constitucional ha insistido en que el derecho al mínimo vital asegura la subsistencia digna del trabajador y su familia (SU-995 de 1999). Cuando la familia, empero, está disuelta, las obligaciones para con los hijos no se extinguen. (Sentencia T-440-02) (O.D)

3. EL PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS DEMAS.

Respecto a la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás la sentencia T-545-2002 hace referencia a la sentencia C-092 del 13 de febrero de 2002 en la cual se dice lo siguiente:

“El análisis constitucional muestra que la Constitución no consagra la primacía de los derechos de los trabajadores, ni de ninguna otra clase de personas, como sí lo hace respecto de los derechos de los niños, cuando establece explícitamente que sus derechos prevalecen sobre los demás.” (Sentencia T-545-02) (R.D).

En la parte resolutive de la misma sentencia se dispuso:

“Declarar INEXEQUIBLE la expresión "la quinta causa de", contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, y EXEQUIBLE en forma condicionada el resto de la misma disposición, esto es, siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase.” (Sentencia T-545-02) (R.D).

Como ya se señaló, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás por mandato expreso del Constituyente (Art. 44 de la C.P) ,lo cual encuentra su justificación debido a la vulnerabilidad de la población infantil y en la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento, agravando su condición de indefensión. (Sentencia C-092-02) (R.D)
Al referirse al punto, la Corte ha sostenido:

"El ordenamiento constitucional no sólo confiere a los niños una serie de derechos fundamentales que no reconoce a los restantes sujetos de derecho, sino que, adicionalmente, establece que dichos derechos tendrán prevalencia sobre los derechos de los demás. En el Estado social de Derecho, la comunidad política debe un trato preferencial a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y están impedidos para participar, en igualdad de condiciones, en la adopción de las políticas públicas que les resultan aplicables. En este sentido, es evidente que los niños son acreedores de ese trato preferencial, a cargo de todas las autoridades públicas, de la comunidad y del propio núcleo familiar al cual pertenecen (C.P. art. 44)." ⁴⁴ (Sentencia C-092-02) (R.D).

En tal virtud, los niños gozan de todos los derechos consagrados constitucional y legalmente, así como de aquellos que se encuentran incluidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia. A través de la protección especial se busca que la población infantil alcance un desarrollo armónico e integral, obedeciendo al principio del interés superior del menor, aplicable tanto en el ámbito internacional, como en el nacional. (Sentencia C-092-02) (R.D).

4. LA FAMILIA COMO DERECHO DEL MENOR

El derecho a tener una familia y a no ser separada de ella constituye uno de los derechos fundamentales de los niños consagrado en el artículo 44 de la C.P, a continuación se establece cual es la posición de la Corte Constitucional en varias sentencias frente a tan importante derecho.

En el presente caso, se observa que se encuentran en juego los derechos fundamentales de la menor STEFANI SUNILDA GAVIRIA SÁNCHEZ a tener una familia y no ser separada de ella, a recibir el cuidado y amor de sus padres, consagrados en el art. 44 de la C. P. (Sentencia T-650-02) (R.D).

En efecto, en sentencia T- 715 de 1999 M.P. Dr. Alejandro Martínez C. se expresó:

Todo niño tiene Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella salvo que se ubique dentro de una posición irregular. (Sentencia T-650-02) (R.D).

Por lo tanto lo que se busca con esta disposición es que el niño nazca y se desarrolle en el seno de una familia. En la sentencia T-531/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se fijó el alcance de este derecho:

"Entre los derechos fundamentales de los niños se encuentran los derechos a tener una familia, a no ser separados de ella, al cuidado y al amor que deben

⁴⁴ Sentencia SU-225 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

merecer. La familia, núcleo fundamental e institución básica de la sociedad (CP arts. 42, 5), ofrece al ser humano un sustento afectivo, psicológico y material indispensable para el libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y para la convivencia pacífica (CP arts. 2, 22, 95-4 y 95-6). (Sentencia T-650-02) (R.D).

Luego el derecho a tener una familia, no es solamente para el padre o la madre (sean personas normales o sean personas impedidas), es también y fundamentalmente el derecho del niño a que realmente exista un hogar, una familia,... (Sentencia T-650-02) (R.D).

Así mismo, en la T-378/95 (M.P. José Gregorio Hernández), se dijo:

"En el caso de los niños, el derecho constitucional preferente que les asiste, consistente en "tener una familia y no ser separados de ella", no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos". (Sentencia T-650-02) (R.D).

5. CONSAGRACION CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DEL MENOR, SUS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL RESPETO DE LOS MISMOS POR PARTE DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS.

Frente a los derechos del menor la Constitución en su artículo 50 establece el derecho que tienen los menores de un año a que se les brinde atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado cuando no estén cubiertos por algún tipo de protección o seguridad social; así mismo, se determina una protección especial para el menor trabajador en el artículo 53⁴⁵ y también se

⁴⁵ La Corte, mediante sentencia C-325 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, declaró la exequibilidad del Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, la cual prevé desde su primer artículo que "todo Estado para el cual entre en vigor el referido instrumento se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al trabajo hasta un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores. Para esos efectos, estipula que todo Estado que ratifique el Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo en su territorio, la cual no podrá ser inferior a aquella en la que termina la obligación escolar o, en todo caso, los quince años de edad. La edad señalada podrá ser modificada posteriormente, señalando una más elevada."

consagra la facultad de los padres de escoger la educación de sus hijos menores en el artículo 68 superior. (Sentencia C-092-02) (O.D).

Así mismo, en el artículo 44 se consagran diversos derechos a favor de los niños, disponiendo una protección prevalente de todas las autoridades públicas, en especial las judiciales, contra “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Toda persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento de estos mandatos de garantía y la sanción de los infractores. (Sentencia T- 554-03) (O.D)

Al respecto, recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, consideró lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor (Subrayado fuera de texto). (Sentencia T- 554-03) (O.D)

Esta preocupación internacional y de los constituyentes de 1991 por privilegiar al menor y protegerlo de toda clase de violencia, en especial en el seno de la familia, se fundamenta además en las conclusiones que han extraído de diversos estudios expertos en la materia. Así para Rioseco Ortega “los niños y las niñas que han sido víctimas de violencia también tienden a perpetuar la violencia social y la pobreza. Esto ocurre porque, como forma de escapar de estos hogares violentos, tienen altas probabilidades de deserción escolar, de caer en la delincuencia, en la drogadicción, en el alcoholismo y de tener embarazos durante la adolescencia”⁴⁶. (Sentencia T- 554-03) (O.D)

Aunado a lo anterior, desde antes de la expedición de la actual Carta Política, el principio rector del interés superior del menor apareció recogido en el artículo 20 del Código del Menor de 1989, en los siguientes términos: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor (subrayado fuera de texto). (Sentencia T- 554-03) (O.D)

De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar

⁴⁶ Roseco Ortega, L, “Mediación en casos de violencia doméstica”, *Género y derecho*, Santiago de Chile, 1999, p. 580.

las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa. (Sentencia T- 554-03) (R.D)

En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria. Al respecto, la Corte Constitucional en la T-408/95, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz consideró: "El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. (Sentencia T- 554/03) (R.D)

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45)". (Subrayado fuera de texto). (Sentencia T- 554-03) (R.D)

Significa lo anterior que el niño es un sujeto privilegiado. En la T-283/94, con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz se explicó este aspecto y se dijo lo siguiente: "La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio

de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44)." (Sentencia T- 554-03) (R.D)

En materia probatoria, el principio del interés superior del menor conduce asimismo al establecimiento de determinados deberes negativos a las autoridades que estén investigando o juzgando delitos sexuales cometidos contra los menores. (Sentencia T- 554-03) (R.D)

En tal sentido, si bien en principio, el juez goza de un margen de discrecionalidad para decretar o no pruebas de oficio, en tanto que supremo director del proceso. No obstante, en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, esta facultad legal se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial se abstenga de decretar pruebas cuya práctica termine afectando aún más emocional y psicológicamente al niño. (Sentencia T- 554-03) (R.D)

Por lo tanto, en los procesos penales donde las víctimas sean menores de edad el decreto, la práctica y la valoración de las pruebas periciales junto con las demás que hayan sido recaudadas a lo largo de la investigación y la construcción de los indicios, deben estar siempre orientados por la salvaguarda del interés superior del niño, recogido en el artículo 20 del Código del Menor y en varios tratados y declaraciones internacionales. Este principio regulador de la normativa de los derechos del menor se funda en la dignidad misma del ser humano y en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. (Sentencia T- 554-03) (R.D)

Por otra parte, La familia, la sociedad y el Estado con relación a los menores, tienen la obligación de asistirlos y protegerlos a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos (art. 44 C.P.). En ese sentido, esta Corporación sostuvo “[E]n el constitucionalismo humanista, el hombre es el centro de la atención del Estado. Si ese ser humano es además un niño discapacitado, con mayor razón debe ser protegido. Esa protección, en materia de salud le corresponde no solo al Estado sino también a la familia y a la sociedad”⁴⁷. (Sentencia T-240-03) (O.D)

También expresó la Corte, que el derecho a la salud cuando se trata de menores de edad “es en si mismo un derecho fundamental”, principio que fue reiterado en la sentencia T-1279 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, en los siguientes términos:(Sentencia T-240-03) (R.D)

“En el presente caso basta, no obstante, recordar la tesis sostenida por la jurisprudencia de esta Corporación en reiteradas ocasiones en el sentido de que cuando se trata de niños en términos constitucionales, o sea personas menores de edad, el derecho a la salud es en sí mismo un derecho fundamental”⁴⁸ (Sentencia T-240-03) (R.D)

En efecto, como el propio texto constitucional lo señala en su artículo 44, el derecho a la salud de los niños es fundamental.⁴⁹ La Constitución de 1991 quiso dar una protección especial a ciertos sujetos en ciertos ámbitos, como por ejemplo a los indígenas en su participación en el Senado de la República (artículo 171) o a las mujeres en los niveles decisorios de la administración pública (artículo 40). En el campo de la salud, uno de los grupos a los que el constituyente decidió brindarle una protección especial es a los niños. Al respecto dijo la Sala Cuarta de Revisión:(Sentencia T-240-03) (R.D)

Por su carácter de derecho fundamental, el Estado tiene entonces la obligación de garantizar la atención de la salud de los menores, bien porque las prestaciones que ello implica se hagan efectivas en forma directa, a través de entidades oficiales, o bien porque ellas se ofrezcan por intermedio de instituciones privadas o semioficiales (...)⁵⁰(Sentencia T-240-03) (R.D)

Así pues, es claro que para que un juez de tutela conozca de una acción de tutela en la que se invoca la protección al derecho a la salud de un niño, no es necesario

⁴⁷ T-170/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁸ Entre otros fallos pueden verse los siguientes: T-075/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-286/98 (M.P. Fabio Morón Díaz); T-046/99 (M.P. Hernando Herrera Vergara); T-887/99 (M.P. Carlos Gaviria Díaz); T-414/01 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández); T-421/01 (M.P. Alvaro Tafur Galvis). En todos ellos la respectiva Sala de Revisión consideró que el derecho a la salud de los niños es fundamental.

⁴⁹ “Artículo 44 — Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud, (...)”

⁵⁰ Sentencia T-075/96; M.P. Carlos Gaviria Díaz.

que exista conexidad⁵¹ alguna con cualquier otro derecho fundamental, pues como se dijo, en este caso la garantía constitucional adquiere la categoría de fundamental. (Sentencia T-240-03) (R.D)

Por otra parte y en relación con la realización de derechos fundamentales del menor la Corte estableció en la sentencia T-680-03, que la licencia remunerada de paternidad es uno de los mecanismos escogidos por el legislador para realizar derechos fundamentales del menor, a saber los derechos a tener una familia y no ser separado de ella y al cuidado y al amor (art. 44 de la Constitución), por lo que el no reconocimiento injustificado del derecho legal del padre afecta la realización de los derechos fundamentales del niño y puede constituir una vulneración de los mismos, lo cual es de relevancia en el procedimiento de protección judicial de los derechos fundamentales. (Sentencia T-680-03) (R.D)

La estructura de los derechos fundamentales anteriormente mencionados como son los derechos a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor no son diferentes a la estructura de cualquier derecho: se trata de una relación de tres elementos, a saber, el titular, los obligados y el objeto del derecho (equivalente al objeto de la obligación correlativa). (Sentencia T-680-03) (R.D)

Los titulares de estos derechos son todos los menores de 18 años (arts. 44 y 93 de la Constitución, art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño y art. 165 del Código del Menor –D. 2737/89). En especial, el menor recién nacido es sujeto de especial protección dado el grado de dependencia e indefensión en el que se encuentra, a diferencia de menores de edad que ya gozan de un desarrollo físico, psicológico y emocional que les permita adoptar autónomamente algunas de sus decisiones sin la anuencia necesaria de sus padres. (Sentencia T-680-03) (R.D)

Los obligados de los mencionados derechos son diversas personas, entre ellas, la familia (en especial los padres), la sociedad y el Estado. En efecto, el artículo 44 inciso 2º de la Constitución establece que los mencionados “tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Así las cosas, hay una obligación constitucional compartida entre familia, sociedad y Estado de garantizar y realizar efectivamente los derechos de los menores. (Sentencia T-680-03) (R.D)

Precisamente por tratarse de derechos fundamentales con multiplicidad de obligados se plantea una indeterminación en uno de los elementos de la estructura del derecho, a saber, de la cadena de obligados y su orden de prelación. La

⁵¹ En varios casos la Corte ha derivado de la Constitución misma el derecho a que se practiquen cirugías o se suministren ciertos medicamentos, a pesar de no estar contemplados dentro del Plan Obligatorio de salud (POS), debido a que está en juego otra garantía constitucional. Por ejemplo: prótesis de las extremidades inferiores (T-941/00), atención integral de sida (T171/99 y T-1166/00), pañales a personas de la tercera edad (T-099/99), atender una inflamación crónica en la vejiga (T-975/99), suministro de viagra a personas con disfunciones sexuales (T-926/99) o drogas para la depresión (T-409/00).

familia, la sociedad y el Estado son los llamados conjuntamente a cumplir con las obligaciones correlativas. Ya la concreción del alcance de las respectivas colocadas en cabeza de cada uno de los obligados es una decisión que corresponde al legislador, dentro del respeto del marco constitucional. La indeterminación del extremo de los obligados requiere entonces, en principio, la intervención del legislador, más aun cuando las prestaciones positivas necesarias para hacer efectiva la dimensión prestacional del derecho fundamental deben ser concretadas respetando los principios de solidaridad, igualdad y proporcionalidad de las cargas en la asignación de obligaciones para la realización de los derechos fundamentales. (Sentencia T-680-03)(R .D)

Ahora bien, cuando el legislador delimita y precisa las obligaciones en cabeza los constitucionalmente obligados a garantizar los derechos fundamentales del menor, se elimina el grado de indeterminación que, en principio, dificulta la exigibilidad judicial del derecho fundamental. La concreción de las referidas obligaciones ha tenido parcialmente lugar mediante la consagración de la licencia remunerada de paternidad, medio escogido por el legislador para realizar progresivamente los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del menor recién nacido. (Sentencia T-680-03)(R .D)

Finalmente, en lo que respecta al objeto de los referidos derechos (y de las obligaciones correlativas), al igual que la generalidad de los derechos, tales derechos tienen tanto una dimensión negativa como una positiva. Ello porque no sólo prohíben actuaciones que desconozcan la relación protegida por el derecho, por ejemplo la violencia, maltrato o el abandono, sino también omisiones que impliquen el desconocimiento de las obligaciones positivas correlativas, a saber, todas aquellas acciones necesarias para procurar la protección y el cuidado indispensables para el sano desarrollo físico, afectivo, intelectual y moral del menor. (Sentencia T-680-03)(R .D)

Por otro lado hay que tener en cuenta, que en principio la acción de tutela no es procedente para exigir el cumplimiento de derechos legales. No obstante, como la Corte lo ha mostrado arriba, el medio escogido por el legislador para hacer efectivo un derecho fundamental del menor ha sido la consagración del derecho legal del padre a la licencia remunerada para el caso del alumbramiento. Es por ello que si bien la acción de tutela no es procedente para proteger los derechos legales del padre, si podría serlo para proteger los derechos fundamentales del hijo. (Sentencia T-680-03)(R .D)

Estima la Corte, que el medio de defensa judicial disponible para hacer efectivo los derechos fundamentales del menor lo constituyen las acciones ordinarias que el padre puede emprender para el reconocimiento de la licencia de paternidad por la entidad renuente. En caso de no obtenerse un reconocimiento pronto y oportuno de la licencia remunerada de paternidad se estaría vulnerando inevitablemente los derechos fundamentales del menor a tener una familia, a no ser separado de ella,

al cuidado y al amor, puesto que la licencia remunerada de paternidad busca precisamente permitir que el padre acompañe al menor recién nacido y le prodigue el cuidado y el amor en esta temprana etapa de la vida, así como que el menor tenga una familia y no sea separado de ella, en este caso mediante la ausencia obligada del padre que requiere de ingresos monetarios y no puede dejar de trabajar salvo que se le reconozca la licencia remunerada de paternidad. De no garantizarse tal presencia en forma inmediata se estarían simplemente desconociendo los derechos a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del recién nacido ya que una licencia de paternidad reconocida años después del nacimiento al finalizar un largo proceso ordinario ocasiona un perjuicio irremediable al menor, a saber, un daño irremediable, e inminente cuya prevención exige medidas urgentes que hacen que la acción de tutela sea impostergable. (Sentencia T-680-03)(R .D)

Siguiendo con el tema que nos ocupa (Derechos del menor), la sentencia T-212-03 hace referencia a la definición y naturaleza de los derechos del menor y al respecto dice lo siguiente:

La definición de los derechos de los menor es de naturaleza constitucional, la cual “debe entenderse como el resultado de la incorporación de ese principio del interés supremo del menor en el orden constitucional, el cual no sólo configura un énfasis materializado para garantizar su eficacia⁵² sino también como parte de la estructura del sistema normativo, pues se incluye como un precepto “en el punto más alto de la escala axiológica contenida en el texto constitucional”⁵³ que guía la interpretación y definición de otros derechos”⁵⁴. (Sentencia T-212- 03) (R.D)

Al respecto, la sentencia T-408 de 1995⁵⁵ expresa: “(...) se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad (Ver también la sentencia T-514 de 1998⁵⁶).” (Sentencia T-212- 03) (R.D)

En esta perspectiva afirmó la Corte Constitucional en sentencia T-283 de 1994⁵⁷, haciendo referencia a las sentencias T-589 de 1993 y C-041 de 1994:

⁵² Sentencia T-124 de 1994.

⁵³ Sentencia C-544 de 1992

⁵⁴ Sentencia 1064 de 2000, M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁵⁵ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁵⁶ M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁷ M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"El artículo constitucional que consagra los derechos de los niños posee una especial fuerza normativa en relación con los demás derechos económicos sociales y culturales. El constituyente puso un énfasis especial en la manera como este derecho vincula a todos los poderes del Estado. Ello se refleja en la redacción del inciso segundo del artículo 44 y, en especial, en las expresiones "la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral" y "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Sentencia T-212- 03) (R.D)

Para la Sala resulta evidente que la primacía de los derechos de los niños y la protección que ha de dársele por mandato constitucional a este sector de la población, fue ignorada por el a quo al considerar que la existencia de otro medio judicial de defensa de dichos derechos garantizaba su salvaguarda. Por lo demás, y dado el insensible análisis del juez de instancia, quedó desprotegida la normal subsistencia de los menores. (Sentencia T-212- 03) (R.D)

En la sentencia C-184-03 la Corte indicó con relación a los derechos del menor lo siguiente: en principio todo menor debe estar bajo la custodia de sus padres, pues se presupone que eso es lo que más se ajusta al interés superior del niño. Se considera que los padres van a brindarle el amor y el cuidado que requiere y a garantizarle las condiciones adecuadas de crecimiento y desarrollo integral. Así pues, la separación del menor es una excepción que se funda en la misma razón que la regla, es decir, ésta debe darse cuando, precisamente, sea lo que más promueve el interés superior del niño y de la niña. (Sentencia C-184-03) (O.D.)

En la misma sentencia la Corte establece una especial protección al padre cabeza de familia en la medida en que reconoció el derecho de prisión domiciliaria en los términos en que está consagrado en la Ley 750 de 2002 a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él. De esta manera la Corte asegura la posibilidad de que se cumpla el deber que tienen los padres en las labores de crianza de sus hijos alejándose así del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores. Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea. (Sentencia C-184-03) (R.D.)

Entonces, considera la Corte que el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con

sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre, puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia, y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre. (Sentencia C-184-03) (R.D.)

Ahora bien, esta Corporación constata, como se dijo, que el problema de los padres cabeza de familia que se encuentran condenados a prisión, es menor frente al caso análogo de las mujeres. Por ello, la medida se justifica constitucionalmente tan sólo en aquellos casos en que los derechos de los menores podrían verse efectiva y realmente afectados. No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos. El hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento. (Sentencia C-184-03) (R.D.)

En la sentencia T-709-03 se establece que la finalidad buscada por el legislador al crear la licencia remunerada de paternidad, fue la de permitir a los niños al momento de su nacimiento el ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente el de recibir el amor y el cuidado de su padre en los primeros días de su vida. “Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional”⁵⁸. Así quedó reseñado en los antecedentes legislativos del proyecto de ley que hoy es la Ley 755 de 2002. (Sentencia T- 709-03) (R.D)

Señaló el legislador en su oportunidad lo siguiente:

“[E]s abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre, como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico tratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe

⁵⁸ Sent. C-273/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

en el post - parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé. (Sentencia T-709-03) (R.D)

Negar este derecho equivaldría a condenar a los niños colombianos –a seguirlos condenando- a que solamente reciban la mitad del afecto, la mitad del amor, la mitad del cuidado, la mitad de la ternura que se les podría prodigar. Equivaldría, en los primeros días de su existencia a cumplir a medias con la voluntad constituyente. (Sentencia T- 709-03) (R.D)

Entonces es claro, que la licencia de paternidad no fue concebida como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor⁵⁹. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide al hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor. (Sentencia T- 709-03). (R.D)

Así pues, para el legislador el objetivo de este derecho consiste en que, compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tan preciado, se atienda su interés superior, permitiéndole su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno - filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad. (Sentencia T- 709-03). (R.D)

El incumplimiento de la obligación, no puede, como se señaló, ser argumento constitucionalmente aceptado para negar el reconocimiento de la licencia de paternidad, pues la filosofía que orienta esa licencia no es otra que la “protección de la niñez en Colombia y el desarrollo del derecho constitucional de los menores al amor y cuidado de sus dos progenitores, no solo de uno de ellos”⁶⁰. Téngase en cuenta además, que para el reconocimiento de la licencia de paternidad no se requiere la convivencia entre la pareja de esposos o compañeros, pues, ese requisito que consagraba la norma fue declarado inconstitucional por esta Corporación, al considerarlo irrazonable “porque lejos de hacer efectivo el interés superior del niño, cuya plena efectividad se pretende garantizar con la licencia de paternidad, se opone al goce del derecho fundamental que tienen los menores a recibir el cuidado y amor de sus padres, pues aquellos niños cuyos progenitores por alguna circunstancia no conviven para la época del nacimiento quedarían privados injustificadamente de la compañía, el amor y el cuidado de sus padres en los primeros momentos de vida”⁶¹. (Sentencia T- 709-03).(R.D)

⁵⁹ Negrillas fuera de texto

⁶⁰ Sent. C-152/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶¹ C-273/03 ya citada.

Siguiendo con la doctrina constitucional respecto a los derechos de los menores resulta pertinente reiterar lo que la Corte Constitucional ha reconocido en su extensa jurisprudencia que es lo atinente a la especial y prevalente protección por parte del Estado respecto a los menores. Es así como otras disposiciones constitucionales, como los artículos 42, 50, 53, 68 y 356, se encargan así mismo de consagrar privilegios en favor de la niñez, a cargo de los padres y del conglomerado social. Además, la Corte ha entendido que la Constitución también se refiere a los niños cuando prevé en su artículo 13 una protección especial para aquellas personas que por sus condiciones particulares, se encuentran en estado de debilidad manifiesta. Por ello, esta Corporación recalca en el hecho de que la protección al menor debe ser tan amplia como jurídica y económicamente resulte factible. (Sentencia T- 706-03) (R.D)

En la sentencia T-179 de 2000 al tratar la Corte un caso sobre la atención médica que debe prodigarse a los niños discapacitados, dijo:

"La atención a un niño discapacitado, por consiguiente, incluye la atención casera de los padres, hacia la permanente colaboración en el tratamiento de la enfermedad de sus hijos. Pero no siempre a eso se puede reducir la atención. Si el niño es beneficiario del sistema de seguridad social, la ciencia médica debe acudir para dar una mejor condición de vida, así la enfermedad no pueda derrotarse. Y todos ellos: familia, Estado y sociedad deben otorgar lo que más puedan a favor del niño discapacitado. . (Sentencia T-706-03) (R.D)

6. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS CASOS DE ADOPCIÓN.

Frente al interés superior del menor, la Corte ha sido enfática al aclarar que dicho interés no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza *real* y *relacional*, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Son múltiples las reglas constitucionales, legales y jurisprudenciales que pueden ser aplicadas para determinar en qué consiste el interés superior de cada niño, dependiendo de las circunstancias de cada situación particular. En lo que concierne al caso bajo estudio, la Sala considera que los siguientes parámetros de análisis resultan relevantes para adoptar una decisión:

3.1.1. **Garantía del desarrollo integral del menor.** Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor. (Sentencia T-510-03) (O.D)

3.1.2. **Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor.** Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Sin embargo, no se agotan en éstos. (Sentencia T-510-03) (O.D)

3.1.3. **Protección del menor frente a riesgos prohibidos.** Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas. No en vano el artículo 44 de la Carta ordena que los menores “*serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos*”, y el artículo 8 del Código del Menor precisa que los niños tienen derecho a ser protegidos de “*toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación*”. En este orden de ideas, las distintas situaciones irregulares que consagra el Código del Menor⁶² proporcionan un catálogo de riesgos graves para los menores que se deben evitar a toda costa; sin embargo, dicha enunciación no agota todas las distintas situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular, las cuales

⁶² Código del Menor, artículo 30: “Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o peligro, 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren, 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal, 5. Carezca de representante legal, 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental, 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la drogadicción, 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad”

deberán determinarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto. (Sentencia T-510-03) (O.D)

3.1.5. *Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor.* Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Como se afirmó en el acápite anterior, uno de los principales parámetros jurídicos relevantes para orientar la presente decisión (la de la adopción) es el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, el cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica. Esta regla, que ha sido expresamente consagrada en el artículo 44 de la Carta Política y reconocida por el derecho internacional público⁶³, se encuentra prevista en el artículo 6 del Código del Menor, según el cual todo niño tiene derecho a “*crecer en el seno de una familia*”, y únicamente podrá ser separado de ella en las circunstancias especiales que defina la ley, con la exclusiva finalidad de protegerlo. (Sentencia T-510-03) (R.D)

La importancia del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella estriba en que, como lo ha reiterado esta Corporación, su satisfacción constituye una necesaria condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación, etc. de los cuales son acreedores legítimos. Así, en la sentencia T-587 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte precisó:

“(…) la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un

⁶³ Por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que el menor requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral; según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. A su vez, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986, establece que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). En el mismo sentido, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”.

ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos. En síntesis, el derecho a formar parte de un núcleo familiar, además de ser un derecho fundamental que goza de especial prelación, constituye una garantía esencial para asegurar la realización de otros derechos fundamentales de la misma entidad, consagrados en el artículo 44 de la Carta”.⁶⁴ (Sentencia T-510-03) (R.D)

Hay que poner de presente, que no resulta justificable separar a un niño de su familia por el solo hecho de que sus condiciones económicas no sean óptimas. Uno de los primados más importantes que se deben aplicar al establecer la viabilidad de medidas protectivas que separen a un niño de su núcleo familiar consiste en que el simple hecho de que un niño pueda estar en mejores condiciones económicas, no es razón suficiente para privarlo de la compañía y el cuidado de sus familiares biológicos, por lo cual deben establecerse motivos adicionales, de suficiente peso, para legitimar una intervención de esta magnitud y trascendencia. Lo contrario equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres estén en condiciones económicas “adecuadas” – un trato a todas luces discriminatorio, y contrario al mandato contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 13 de la Carta y en el artículo 2 del Código del Menor, del cual se cita: *“Los derechos consagrados en la Constitución Política, en el presente Código y en las demás disposiciones vigentes, serán reconocidos a todos los menores, sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición suya, de sus padres o de sus representantes legales”* (subraya la Corte). En igual sentido, los artículos 129 a 131 del Código del Menor, que regulan las situaciones de menores que carecen de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, disponen que cuando quiera que dicha situación se derive de las condiciones económicas precarias de sus padres, las medidas de protección a imponer deberán buscar ante todo apoyar a la familia para que ésta pueda cumplir directamente con las funciones que le son propias, y así mantener a los niños en su entorno familiar⁶⁵. (Sentencia T-510-03) (R.D)

⁶⁴ En este caso la Corte consideró que le Instituto Colombiano de Bienestar Familiar desconoció el derecho de una menor a tener una familia al negarle a una pareja de padres extranjeros la posibilidad de adoptarla, en razón a que la hija biológica que ellos tienen era de una edad menor, y consideraban que ello podría generar traumatismos. (Sentencia T-587/98)

⁶⁵ Código del Menor, artículo 129: “Se entiende que un menor carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas cuando, sin presentarse los supuestos para ser considerado en

En consecuencia, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia biológica únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor. La aptitud de un determinado grupo familiar se determina, entre otras, aplicando los criterios jurídicos arriba enumerados, y atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso. Ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres. (Sentencia T-510-03) (R.D)

Existe respecto a los derechos del menor una presunción, tanto en el derecho constitucional como en el internacional, y en sus desarrollos legales, respecto a la familia biológica, en el sentido en que ésta se encuentra, en principio, mejor situada para brindar al niño el cuidado y afecto que necesita. Esta presunción, que se deduce del mandato del artículo 44 Superior según el cual los niños tienen un derecho fundamental a no ser separados de su propia familia, y forma parte de los criterios jurídicos existentes para determinar el interés superior de menores en casos concretos, no obedece a un “privilegio” de la familia natural sobre otras formas de familia -ya que todas las distintas formas de organización familiar son merecedoras de la misma protección-, sino al simple reconocimiento de un hecho físico: los niños nacen dentro de una determinada familia biológica, y sólo se justificará removerlos de dicha familia cuando existan razones significativas para ello reguladas en las leyes vigentes. (Sentencia T-510-03) (O.D)

En otras palabras, el derecho constitucional de los niños a estar con una familia y no ser separados de ella, se materializa *prima facie*, y como consecuencia del hecho biológico del nacimiento, en el seno de la familia constituida por sus progenitores; por ello, cuando los padres sean conocidos y no estén en circunstancias que hagan prever que el niño no se desarrollará integralmente ni recibirá el amor y cuidado necesarios con ellos, el interés prevaleciente del menor es estar con ellos, salvo que en cada caso se demuestre lo contrario. (Sentencia T-510-03) (O.D)

situación de abandono o de peligro, carece de medios para atender a su subsistencia, o cuando las personas a cuyo cargo esté su cuidado, se nieguen a suministrárselo o lo hagan de manera insuficiente”.

Código del Menor, artículo 130: “Al menor que carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas se le prestará el concurso del Estado para imponer a los responsables de la obligación alimentaria el cumplimiento de la misma. Si la familia o los responsables de su cuidado personal carecieren de medios suficientes, esta atención le será dispensada por el Estado con el concurso de la familia y de la comunidad, de acuerdo con la situación en que se encuentre el menor”

Código del Menor, artículo 131: “Las medidas de protección al menor que se encuentre en la situación prevista en este título, serán adoptadas a solicitud de quienes tengan a su cargo el cuidado personal de su crianza y educación, o de oficio. Con ellas se busca apoyar a la familia para la atención integral del menor, procurando no separarlo de su medio familiar..”

Por lo tanto y como ya lo ha establecido la Corte en innumerables providencias, la determinación del *interés superior del menor* debe ser el norte de cualquier decisión que involucre los derechos de los niños, ello resulta especialmente claro cuando se trata de adoptar medidas de protección a su favor, y más cuando como resultado de dichas medidas, los niños pueden ser separados de su familia biológica. Los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor. Así, en el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional se establece que las adopciones internacionales deben tener lugar “*en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales*” –meta que se adopta como objeto mismo del Convenio en el artículo 1–, mientras que la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, anteriormente citada, dispone en su preámbulo que en cualquier proceso de colocación en un hogar sustituto o de adopción, los intereses superiores de los niños implicados deberán ser la consideración primordial.⁶⁶ (Sentencia T-510-03) (O.D)

⁶⁶ La regla sobre prevalencia del interés superior del menor en casos de adopción ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros en el caso de Keegan vs. Irlanda (sentencia del 19 de abril de 1994, en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

OBLIGACIONES PADRES E HIJOS

1. Obligaciones De Los Padres.
2. La Licencia De Paternidad Y Las Obligaciones De Los Padres Que Se Derivan De La Misma.
3. Progenitura Responsable.

El tema de las obligaciones de padres e hijos se ha desarrollado en algunas sentencias del año 2002 y 2003, en ellas se establecen que las obligaciones de los padres para con los hijos abarcan no solo las obligaciones materiales, sino también las morales, las cuales implican el cuidado, el sostenimiento, la educación, y el cariño, para que los hijos puedan crecer y desarrollar plenamente su libre personalidad.

Así mismo en la sentencia C-184 de 2003 se establece que las obligaciones de los padres son respecto de los hijos menores, así como de los hijos mayores con incapacidad mental permanente, por lo tanto los deberes de los padres para con los hijos subsisten mientras sean menores o impedidos. En otra de las sentencias se hace relación a la licencia de paternidad la cual conlleva y genera una serie de obligaciones del padre para con su hijo, como es la de acompañarlo, cuidarlo y brindarle la ayuda y el apoyo que el mismo necesita en los días posteriores a su nacimiento.

1. OBLIGACIONES DE LOS PADRES

Cuando se determina la filiación del hijo, los padres asumen las obligaciones y responsabilidades propias de su condición, tales como las de manutención, crianza y educación del menor, de acuerdo con las leyes. (Sentencia C-807-02) (O.D)

En la sentencia T-680-02 se hace referencia al tema de las obligaciones de los padres y al respecto hace la respectiva consideración: La Constitución Política reconoce a los extranjeros los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos, así como el disfrute de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución y la ley (C.P. art. 100), las autoridades de la República están en la obligación de brindar un trato igual y asegurar la protección jurídica de los derechos y garantías de que son titulares los nacionales, pero el reconocimiento de esta igualdad ante la ley, impone a los ciudadanos extranjeros el deber de acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades (C.P. art. 4). En ese orden de ideas, al señor Escalante Lara, si bien es cierto se encuentra en libertad por pena cumplida, como lo certifica el Juzgado Octavo de Ejecución de Penas y Medidas de

Seguridad, le corresponde legalizar lo relacionado con su permanencia en el territorio nacional, en el evento de que no lo haya hecho, sin perjuicio de la facultad administrativa que tienen las autoridades para autorizar la permanencia en el país de los extranjeros, a fin de que pueda cumplir con los deberes que como padre tiene respecto de sus dos menores hijos, pues ahora más que nunca, tiene la inmensa responsabilidad y compromiso de atender las obligaciones tanto materiales como morales que su condición de padre le exigen, lo cual implica el cuidado, sostenimiento, educación y cariño que sus hijos requieren, para que puedan crecer y proyectarse como niños sanos y adultos capaces de desarrollar plenamente su libre personalidad⁶⁷. (Sentencia T-680-02) (R.D)

Respecto a los deberes de los padres, La Corte Constitucional en sentencia C-184-2003 ha establecido que dichos deberes son respecto de los hijos menores como de los hijos mayores “con incapacidad mental permanente”, también se señala que en virtud del artículo 42 de la Constitución los principales deberes de los padres para con sus hijos subsisten “mientras sean menores o impedidos”. (Sentencia C-184-03) (R.D.)

2. LA LICENCIA DE PATERNIDAD Y LAS OBLIGACIONES DE LOS PADRES QUE SE DERIVAN DE LA MISMA.

Siguiendo con el estudio de la doctrina constitucional respecto de los deberes y obligaciones de padres e hijos la sentencia T-709-03 se refiere a la licencia de paternidad y de los deberes que le corresponden al padre haciendo una expresa referencia a la ley 755 de 2002 la cual establece que el derecho a la licencia remunerada de paternidad opera a favor del padre que ha decidido responsablemente acompañar a su hijo en los primeros momentos de vida, logrando de esta manera la protección del interés superior niño, por lo tanto la licencia conlleva una responsabilidad para el padre de acompañar y cuidar al hijo, brindándole la ayuda y el apoyo necesarios en los días posteriores a su nacimiento. (Sentencia T- 709-03). (R.D)

Entonces es claro que la licencia de paternidad no fue concebida como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor⁶⁸. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide al hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor. (Sentencia T- 709-03). (R.D)

⁶⁷ Sent. T-179/93 M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁶⁸ Negrillas fuera de texto

Así pues, para el legislador el objetivo de este derecho consiste en que, compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tan preciado, se atienda su interés superior, permitiéndole su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno - filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad. (Sentencia T- 709-03). (R.D)

3. PROGENITURA RESPONSABLE.

Así como la paternidad constituye un deber del padre la maternidad es un derecho - deber que se desfigura si los deberes no son cumplidos dejando desamparado al menor⁶⁹. En ese mismo sentido, el artículo 5 del Código del Menor impone al Estado el deber de “dar todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable”, y al artículo 6 ibidem establece que los padres tienen el deber de “velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.” Tales disposiciones desarrollan lo dispuesto por el artículo 18-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual “incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Lo anterior implica que un componente crucial de cualquier análisis destinado a establecer la aptitud o ineptitud de un determinado núcleo familiar para proveer el cuidado y atención requeridos por un menor, debe ser el estudio sobre la forma en que los padres o acudientes han cumplido en el pasado con los deberes que les corresponden frente a los menores de edad. En otros términos, cuando quiera que los padres o acudientes incumplan en forma significativa los deberes y obligaciones que tienen frente a sus hijos menores de edad, deberán adoptarse las medidas previstas en las leyes vigentes para protegerlos. (Sentencia T-510-03) (O.D)

⁶⁹ Sentencia T-881 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). En este caso se decidió que el ICBF no desconocía los derechos de dos menores a tener una familia, al privar de la custodia a su madre y a quien alegaba ser su padre y adelantar un trámite para darlos en adopción, debido a que tales actuaciones constituyen un medida de protección ante el maltrato que los menores habían sufrido.

PATRIA POTESTAD

1. Patria potestad de los padres cuando el cuidado de los menores esta en cabeza de otros
2. La patria potestad sobre aquel que se va a dar en adopción
3. Atributos de la patria potestad
 - 3.1. Usufructo y administración

En lo que respecta a las sentencias de tutela y constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional entre el 2002 y el 2003 que tratan el tema de la patria potestad, se han proferido fallos en temas tales como el ejercicio de la patria potestad sobre menores de edad cuando el cuidado de ellos está en cabeza de otras personas, la decisión de dar en adopción como un forma de ejercitar la patria potestad de los padres biológicos o de quien tenga la patria potestad del menor y la patria potestad como institución jurídica que autoriza a administrar y usufructuar los bienes de los menores que están sujetos a la patria potestad de sus padres u otros.

1. PATRIA POTESTAD DE LOS PADRES CUANDO EL CUIDADO DE LOS MENORES ESTA EN CABEZA DE OTROS

En fallos como el siguiente se ve cómo quien tiene el cuidado del menor quiere tener también la patria potestad, argumentando que quienes tienen en cabeza suya la patria potestad no cuidan del menor, pero la Corte ha dicho que ello se debe dilucidar en otros procesos y no por medio de sentencia de tutela:

Manifiesta la accionante que el padre de la menor es el señor José Alberto Salinas Parra, quien nunca se ha preocupado por ella y del cual ni siquiera se conoce su paradero, razón por la cual ella desea tener la patria potestad de su nieta, ya que es ella quien se ha hecho cargo del cuidado personal de la niña desde que la madre de ésta falleció. (Sentencia T-221 –03) (O.D)

La presente tutela no podrá ser concedida, ni siquiera como medida transitoria, por cuanto la Corte no puede ordenar el pago de una pensión que no ha sido reconocida. Tampoco encuentra la Corte que la entidad accionada haya violado derecho fundamental alguno a la accionante, pues es deber del interesado adelantar los trámites necesarios para solicitar el reconocimiento y pago de una pensión. Tampoco es clara la legitimación de la señora Esther Yolanda Restrepo Nova para interponer la acción de tutela a nombre de su nieta, pues la legitimación para actuar está claramente en cabeza del padre, quien es quien tiene la patria potestad de la menor. La definición de la patria potestad y de los derechos sucesorales de Yirley Tatiana Salinas Nova deberán adelantarse en procesos que escapan a la competencia de esta Corte Constitucional. . (Sentencia T-221 –03) (O.D)

Así, la Corte Constitucional ha determinado que no es suficiente argumentar que quien ejerce la patria potestad no cuida del menor, para establecer que quien tenga a su cargo el cuidado debe tener la patria potestad, pues ello es algo que hay que dilucidar en juicio.

2. LA PATRIA POTESTAD SOBRE AQUEL QUE SE VA A DAR EN ADOPCIÓN

En cuanto a la decisión y el consentimiento de dar en adopción a aquél que se tiene bajo patria potestad se ha dicho:

No se trata por tanto de un consentimiento sustituto, que se otorga en nombre de otro ante la imposibilidad de que se manifieste; se trata de la decisión libre y autónoma de considerar, en virtud de la patria potestad y de acuerdo al *interés superior del niño*, que la mejor decisión posible es entregar al menor en adopción. En materia de adopción, las normas señalan la necesidad de que el menor manifieste su voluntad cuando sea posible contar con ella, pero, como se dijo, ello no excluye el requisito de que los padres se manifiesten también. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Como vemos la Corte presenta como requisitos para dar en adopción la manifestación de voluntad del niño si éste la pueda dar, pero sin embargo se requiere que quienes ejercen la patria potestad también presten su consentimiento, por lo tanto quienes pueden dar el consentimiento de dar en adopción un niño son quienes ejercen la patria potestad sobre él.

Otros apartes de esta misma consideración son:

7.2. El consentimiento de dar en adopción cuando se trata de un bebe lo otorga la madre biológica

7.2.1. En primer lugar debe señalarse que el consentimiento es un *requisito* de la adopción. Es decir, el legislador exige que en cualquier caso que se vaya a dar en adopción a una persona, quién tenga legalmente el deber de velar y cuidar al menor en defensa de su interés superior, ha de pronunciarse al respecto y expresar su consentimiento de darlo en adopción.

7.2.2. *El consentimiento de dar en adopción debe ser libre de vicios*, esto es, exento de error, fuerza o dolo. Cuando una madre soltera da en adopción, su consentimiento, debe ser fruto de una decisión libre y autónoma, no puede ser producto de presiones indebidas, de amenazas o de engaños. Se trata pues de las condiciones generales que toda manifestación de voluntad debe respetar según la ley civil.⁷⁰

7.2.3. *El consentimiento debe ser informado y asesorado*. Según el artículo 94 del Código del Menor, cuando el consentimiento es otorgado por quienes ejercen la patria potestad, deben hacerlo manifestándose "(...) personalmente ante el Defensor de Familia, quien los

⁷⁰ Artículo 1502 a 1516 del Código Civil.

informará *ampliamente* sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción” (acento fuera del texto de la norma). De esta manera el Código impide que la manifestación de voluntad sea un mero acto formal. Quienes ejercen la patria potestad deben ser plenamente conscientes de lo que están haciendo, de los alcances de su decisión y sus efectos. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.2.3.2. El artículo 4° de la Convención de la Haya desarrolla un parámetro que se encuentra implícitamente en el artículo 94 del Código, a saber, no basta con que se le brinde la información a la persona y se asegure que la comprendió cabalmente; se requiere también que la persona sea *convenientemente asesorada*. Esto es, la madre, o la persona que ejerza la patria potestad, debe ser aconsejada y guiada. No basta con suministrar amplia y debidamente la información si quien la recibe no la comprende realmente en su cabal dimensión y alcance, ni sabe cómo usarla y qué consecuencias se derivarán de decidir algo al respecto. Solo a partir de ese grado de conciencia sobre el acto propio se puede entender que el consentimiento fue pleno. (Sentencia T-510-03) (O.D)

3. ATRIBUTOS DE LA PATRIA POTESTAD

En cuanto a la administración y el usufructo de los bienes del hijo menor por quien ejerce la patria potestad, como atributos de la misma, se ha sentado que:

3.1. USUFRUCTO Y ADMINISTRACIÓN

En primer lugar, es claro que los menores de edad, es decir, los menores de 18 años (según interpretación armónica de los artículos 34 del Código Civil, de la Ley 27 de 1977 y del artículo 98 de la Constitución Política⁷¹), pueden ser titulares del derecho de dominio. El Código Civil señala expresamente que los padres tienen la patria potestad respecto de sus hijos menores de edad, la cual los autoriza, como regla general, para administrar y usufructuar los bienes de sus hijos (Art. 291 C.C.), no obstante lo cual en ciertas ocasiones no incluye tales prerrogativas, pues el menor conserva la administración, usufructo y disposición de sus bienes. Así ocurre, por ejemplo, cuando el menor posee un peculio profesional o industrial,⁷² o cuando los padres han sido expresamente excluidos de la administración de bienes heredados, donado o legados.⁷³ (Sentencia C-692-03) (O.D)

Por lo tanto la administración y el usufructo por regla general está en cabeza de quienes ejercen la patria potestad, pero los menores pueden ejercer su derecho de dominio:

⁷¹ El artículo 1° de la Convención sobre los derechos del Niño dispone “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁷² Código Civil, Art. 294. El hijo de familia se mirará como emancipado y habilitado de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial.

⁷³ Art. 295. Modificado por Decreto 2820 de 1974, art. 29. Los padres administran los bienes del hijo sobre los cuales la ley les concede el usufructo. Carecen conjunta o separadamente de esta administración respecto de los bienes donados, heredados o legados bajo esta condición.”

Esta diferenciación legal, que involucra el derecho de administración, de usufructo y de dominio en diferentes individuos indica que la propiedad puede presentarse separadamente del usufructo y la administración y que los menores de edad pueden ser titulares de la primera. (Sentencia C-692-03) (O.D)

Sin embargo, a los menores se les prohíbe tener algunas propiedades debido a que aunque el derecho de dominio sea de ellos, son los representantes legales (quienes ejercen la patria potestad) quienes responden por los perjuicios que algunos bienes puedan causar, por ejemplo:

La prohibición contenida en el artículo 108-G, indica que los menores de edad no pueden ejercer el derecho de dominio sobre los perros a que hacen referencia los artículos 108-E, F. En otras palabras, la norma acusada prohíbe de manera absoluta el derecho de propiedad de los menores sobre los perros de alta peligrosidad, tanto de los que ejercen en la actualidad el derecho de dominio como de quienes pretendan hacerlo. (Sentencia C-692-03) (O.D)

Las razones que ha tenido la Corte Constitucional para pronunciarse sobre normas de este estilo han sido basadas en la responsabilidad que recae sobre quienes ejercen la patria potestad:

El contacto que los menores pudieran tener con este tipo de animales, dada la prohibición legal aquí analizada, deposita en los padres, tutores o curadores, o en quien tuviere a su cargo el cuidado directo del menor, la absoluta responsabilidad por los daños que los perros pudieren ocasionar. Por ello, debe enfatizarse en que, tal como lo dispone el inciso final del artículo 108-F de la Ley 746, el propietario de un *“perro potencialmente peligroso asume la posición de garante de los riesgos que se puedan ocasionar por la sola tenencia de estos animales y por los perjuicios y las molestias que ocasione a las personas, a las cosas, a las vías y espacios públicos y al medio natural en general.”* (Sentencia C-692-03) (O.D)

Por lo anterior la Corte considera que si los padres, tutores, curadores o quien tenga a su cargo la representación legal del menor, por acción o por omisión en el deber de cuidado y vigilancia, permite que éste tenga contacto con perros altamente peligrosos, y se produce un daño al menor o a su familia o a terceros, aquél debe responder civil y penalmente por la falta al deber de protección. A este respecto es indispensable hacer notar que aunque la norma se refiera exclusivamente a los propietarios de los animales, la disposición debe cobijar a quien ostenta la posición de garante, es decir, a quien por su relación con el animal tuviere el deber jurídico de evitar el daño. .” (Sentencia C-692-03) (O.D)

ALIMENTOS

1. Alimentos como obligación y como derecho

1.1 como obligación

1.1.1 características de la obligación alimentaria

1.1.2 obligación alimentaria frente a los derechos del menor

1.1.3 relevancia constitucional y fundamentos de la obligación alimentaría

1.2 como derecho

1.2.1 la prelación de los derechos de los niños frente al derecho de alimentos y la prelación de créditos.

2. Incumplimiento de la obligación de dar alimentos

2.1 embargos en proceso de alimentos

3. Derecho de alimentos en personas diferentes al menor

3.1 derecho de alimentos entre cónyuges divorciados

3.2 alimentos entre compañeros permanentes

3.3 obligación alimentaría de los abuelos

La Corte Constitucional, al respecto del tema de alimentos, se ha pronunciado principalmente sobre la concepción de su naturaleza jurídica, desarrollando el tema alrededor de las manifestaciones del mismo como derecho y como obligación. Adicionalmente, pero ya en un segundo plano, se han analizado temas como los efectos del incumplimiento de la obligación alimentaria y el derecho de alimentos entre cónyuges divorciados, compañeros permanentes y la obligación alimentaria de los abuelos.

1. ALIMENTOS COMO OBLIGACIÓN Y COMO DERECHO

La Corte Constitucional se ha pronunciado varias veces sobre la obligación – derecho de alimentos y lo ha hecho haciendo referencia a varias relaciones como por ejemplo con menores o entre cónyuges, cónyuges divorciados etc. Lo primero a lo que haremos referencia será a lo que ha dicho la Corte acerca de lo que es la obligación alimentaria y como funciona dicha institución jurídica:

1.1 COMO OBLIGACIÓN:

Esta Corporación, en repetidas oportunidades ha destacado que la obligación alimentaria, no es solamente una prestación de carácter económico, sino, especialmente, una manifestación

del deber constitucional de solidaridad⁷⁴ y de responsabilidad, fundadas, de una parte, en la necesidad del alimentario y en la capacidad del alimentante, y, de otra, en la libre determinación de constituir una familia y de elegir el número de hijos que se desea procrear. (Sentencia C – 011-02) (O.D)

La obligación alimentaria tiene su fundamento tanto en el principio constitucional de la solidaridad, del cual se derivan obligaciones y cargas susceptibles de ser reclamados coercitivamente y con el apoyo del Estado, como del principio de equidad, en la medida en que *“cada miembro es obligado y beneficiario recíprocamente”*. (Sentencia C-1033-02) (O. D)

Sin embargo la Corte, acogiendo las definiciones legales, ha ampliado el concepto de alimentos, dándole sentido a la definición anterior:

El Código del Menor, en el artículo 133, define los alimentos como "todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto", de modo que, según esta disposición y de acuerdo con la Constitución, debe entenderse que la prestación de alimentos no sólo comprende el suministro de lo estrictamente necesario para vivir, sino, además, todo aquello que se requiere para llevar una vida digna. (Sentencia C-1033-02) (O.D).

Y se reitera posteriormente:

El Código del Menor, a su vez define en el artículo 133 los alimentos como *"todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor"*, de modo que, según esta disposición y de acuerdo con la Constitución en sus artículos 2, 5, 11, 13, 42, 44 y 46, debe entenderse que la prestación de alimentos no sólo comprende el suministro de lo estrictamente necesario para vivir, sino, además, todo aquello que se requiere para llevar una vida digna. Dichos artículos constitucionales también resaltan la importancia y prevalencia de los derechos del menor frente a los derechos de los demás. (Sentencia T-212 – 03) (O.D)

1.1.1 CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Entre las características que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la obligación alimentaria se tienen las siguientes:

⁷⁴“(…) No difiere de las demás obligaciones civiles, ella presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada como supuesto capaz de generar consecuencias de derecho. Su especificidad radica en su fundamento y finalidad, pues dicha obligación aparece en el marco del deber de solidaridad, que une a los miembros más cercanos de la familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios.” (...) En síntesis cada persona debe velar por su propia subsistencia y por la de aquellos a quienes la ley le obliga, pues el deber de asistencia del Estado es subsidiario(...)”-sentencia C-1064 de 2000-, en igual sentido C-125 de 1996.

- A. La obligación alimentaria no es una que difiera de las demás de naturaleza civil, por cuanto presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho. (Sentencia C-1033-02) (O.D)
- B. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, la obligación alimentaria aparece en el marco del deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios. (Sentencia C-1033-02) (O.D).
- C. El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: *i)* la necesidad del beneficiario y *ii)* la capacidad del obligado, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia. (Sentencia C-1033-02) (O.D).
- D. La obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen tiene unos medios de protección efectiva, por cuanto el ordenamiento jurídico contiene normas relacionadas con los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales (arts. 411 a 427 del Código Civil); el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto, (arts. 133 a 159 del Código del Menor), y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad (arts. 435 a 440 Código de Procedimiento Civil), todo lo cual permite al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía, cuando el obligado elude su responsabilidad. (Sentencia C-1033-02) (O.D).

1.1.2 OBLIGACIÓN ALIMENTARIA FRENTE A LOS DERECHOS DEL MENOR

En otras sentencias la Corte muestra la importancia de la obligación alimentaria frente a los derechos del menor:

Estima esta Corporación, por tanto, que la carga que el inciso primero del artículo 150 del Decreto 2737 de 1989 impone a los alimentantes, en cuanto permite garantizar la subsistencia de los menores de edad, que se puede ver seriamente amenazada ante el incumplimiento de quienes están obligados a responder por su sostenimiento y educación y a solidarizarse con su manutención, consulta debidamente los mandatos constitucionales de prioridad absoluta de los derechos de los menores, de solidaridad, justicia y equidad – artículos 2º, 42, 44 y 92 C.P.- (Sentencia C- 011-02) (R.D)

De manera que la exigencia de demostrar el cumplimiento de la obligación alimentaria no puede considerarse contraria a los artículos 29 y 229 constitucionales, puesto que, además de responder a la finalidad legítima de propender por la subsistencia del menor, no se trata

de un obstáculo impuesto para impedir el acceso a la justicia, sino de una medida razonable destinada a garantizarle al niño su desarrollo armónico e integral, de cara a quien, precisamente, acude ante la administración de justicia con el objeto de hacer efectivos sus derechos en relación con el menor –artículo 44 C.P.- (Sentencia C – 011-02) (R.D)

La vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada y la educación, entre otros, son derechos fundamentales de los niños (art. 44 C.P.). Los padres, por ley, están obligados al pago de alimentos a sus descendientes (art. 411 y ss. C.C.). Para asegurar el cumplimiento de este deber legal, el salario del padre o la madre trabajador puede ser embargado hasta por el 50% para cubrir las pensiones alimentarias (art. 156 C.S.T.). (Sentencia T – 440-02) (O.D)

Para la Corte no existe duda que el no pago de la cuota alimentaria por la entidad obligada a cancelar el salario, retener dicha cuota y entregarla al beneficiario de la misma, vulnera derechos constitucionales fundamentales del menor, en particular el derecho al mínimo vital. Esto porque la obligación alimentaria, cuando ella ha sido definida y su cumplimiento ordenado por la autoridad judicial competente, concreta el derecho constitucional en una prestación judicialmente exigible que constituye, tratándose de los alimentos, la fuente de ingresos que posibilita al menor cubrir sus necesidades básicas. (Sentencia T – 440-02) (R.D)

1.1.3 RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Conforme lo ha sostenido esta Corporación el derecho de alimentos es aquél que le asiste a una persona para reclamar de quien está obligado legalmente a darlos, lo necesario para su subsistencia, cuando no está en capacidad de procurársela por sus propios medios. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de la persona que por ley, debe sacrificar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos. (Sentencia C-1033-02) (O.D).

La Corte Constitucional sobre la relevancia constitucional de los alimentos señaló que *“el reconocimiento y concreción de las obligaciones alimentarias y su realización material, se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, en la medida en que el cumplimiento de aquéllas sea necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe en favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta (art. 2º, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P.)”* (Sentencia C-1033-02) (O.D).

1.2 COMO DERECHO

En la Sentencia C-919/01 se hicieron las siguientes consideraciones sobre el derecho a los alimentos:

El Código Civil reconoce y reglamenta ese derecho que le asiste a ciertas personas para exigir de otras el suministro de lo necesario para vivir, cuando ellas mismas no tienen ni la capacidad ni los medios para procurárselo por sí mismas. Esta obligación supone, como cualquiera otra, la existencia de una situación de hecho que, por estar contemplada en una norma jurídica, genera consecuencias en el ámbito del derecho. Los alimentos pueden clasificarse en: voluntarios, esto es, aquellos que se originan por un acuerdo entre las partes o una decisión unilateral de quien los brinda; y legales, es decir, aquellos que se deben por ley. Estos, a su vez, se clasifican en cóngruos y necesarios. Los primeros son "los que habilitan al alimentado para subsistir modestamente de un modo correspondiente a su posición social", y los segundos, los que "le dan lo que basta para sustentar la vida" (artículo 413 del Código Civil)." (Sentencia C-1033-02) (O.D).

A esta altura del análisis conviene destacar el derecho fundamental del menor a recibir alimentos. Entiende ésta Corporación que el derecho de alimentos es aquel que le asiste a una persona para reclamar de la persona obligada legalmente a darlos, lo necesario para asegurar la satisfacción de sus necesidades vitales cuando no se está en capacidad de procurarse su propia subsistencia. Así, la obligación alimentaria está en cabeza de quien, por ley, debe afectar parte de su propiedad con el fin de garantizar la supervivencia y desarrollo del acreedor de los alimentos. . Sentencia T-212 - 03. (R.D)

Al respecto, en sentencia C-184 de 1999 expresó esta Corte:

"El reconocimiento y concreción de las obligaciones alimentarias y su realización material, se vincula con la necesaria protección que el Estado debe dispensar a la familia como institución básica o núcleo fundamental de la sociedad, y con la efectividad y vigencia de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, en la medida en que el cumplimiento de aquéllas sea necesario para asegurar en ciertos casos la vigencia de los derechos fundamentales de las personas al mínimo vital o los derechos de la misma estirpe en favor de los niños, o de las personas de la tercera edad, o de quienes se encuentren en condiciones de marginación o de debilidad manifiesta (art. 2º, 5, 11, 13, 42, 44 y 46 C.P.)"⁷⁵. (Sentencia T-212 -03) (R.D)

1.2.1 LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS FRENTE AL DERECHO DE ALIMENTOS Y LA PRELACIÓN DE CRÉDITOS.

De acuerdo con lo anterior, sentencias posteriores establecen la ubicación de la obligación alimentaria en la prelación de créditos de una manera preferente:

⁷⁵ M.P. Antonio Barrera Carbonell

El artículo 2495 del Código Civil consagra el orden en que se deben pagar las acreencias cuando concurren varios acreedores frente al deudor, por créditos que tienen origen en causas distintas que pertenecen a la primera clase. Así, establece el orden en que deben pagarse los créditos de la primera clase, ubicando el crédito por alimentos a favor de menores en la quinta causa, de manera que si el deudor tiene deudas por prestaciones laborales, costas judiciales, expensas funerales, en caso de que haya fallecido, y gastos de enfermedad, en el mismo evento, todos estos se pagan antes de cubrir el pasivo en cabeza de los menores por concepto de alimentos. (Sentencia C-092-02) (R.D).

De esta forma, si los bienes del deudor son insuficientes para cancelar el valor de su obligación alimentaria, se desconoce la prevalencia de los derechos de los niños reconocida por el Ordenamiento Superior. En efecto, tal como está la disposición se le da preferencia a los derechos de los acreedores de créditos laborales, expensas funerales, costas judiciales y gastos de enfermedad, sobre el derecho de los menores de reclamar lo necesario para su subsistencia y todo aquello que se requiere para garantizar su desarrollo integral y armónico, lo que incluye salud, habitación, alimentación, educación, vestido, recreación, etc. (Sentencia C-092-02) (R.D).

Frente a esta situación, es evidente que la disposición acusada vulnera abiertamente el artículo 44 de la Constitución, que consagra la primacía de los derechos de los menores, entre éstos el de alimentos, pues sin ese sustrato básico para vivir dignamente, no les es posible ejercer los demás derechos fundamentales. (Sentencia C-092-02) (R.D).

En efecto, la Corte advierte que lo que está en juego al aplicar la prelación de créditos de la primera clase, en caso de concurrencia de varios acreedores frente a un mismo deudor, es precisamente la efectividad de la prevalencia de los derechos de los niños en cuanto a su derecho a recibir alimentos. (Sentencia C-092-02) (R.D).

En este caso, el derecho de los niños a reclamar las deudas de alimentos de su deudor entra en competencia con los derechos de los demás acreedores, y es justamente en relación con esos derechos que éste debe prevalecer. En tal virtud, es imperativo de la Corte propugnar por la efectividad de la prevalencia de los derechos de los niños pues, de lo contrario, la norma constitucional que la consagra se convierte en simple letra muerta. Ciertamente, *"la satisfacción de la obligación alimentaria no reposa únicamente en su reconocimiento normativo, requiere de garantías precisas y especiales que la protejan y hagan efectiva..."*⁷⁶ (Sentencia C-092-02) (R. D).

Es claro que el Constituyente buscó la protección de los derechos de los menores por encima de todos los demás sujetos del Estado, teniendo en cuenta que en ellos se encuentra el futuro del mismo y que son personas vulnerables e indefensas cuya vida

⁷⁶ Ibid

apenas comienza, motivo por el cual debe propenderse por la búsqueda de su bienestar. Cualquier norma que desconozca esta prevalencia va en contravía del espíritu de la Carta y, por tanto, debe ser declarada inconstitucional. (Sentencia C-092-02) (R.D).

Otras sentencias, en el mismo sentido a la anterior establecen:

5. Así entonces, los derechos de las menores hijas de la accionante serán garantizados por el juez civil que adelanta el respectivo proceso, pues él tiene la obligación de dar oportuna y plena aplicación a la prelación de créditos, en el orden en que lo ha señalado la legislación y lo ratifica la jurisprudencia de esta Corporación, según las cuales en el primer orden de la primera clase se encuentran precisamente los créditos por alimentos a favor de menores.⁷⁷ (Sentencia T – 557-02) (R.D)

La sentencia de primera instancia fue proferida el 5 de octubre de 2001 y la de segunda instancia el día 11 de febrero de 2002. Como bien lo señalaron los jueces, para aquel entonces las normas legales vigentes establecían la preferencia en el pago de acreencias laborales sobre los créditos por alimentos, según las previsiones del artículo 2495 del Código Civil que señalaba:

“Artículo 2495. La primera clase de créditos comprende los que nacen de las causas que en seguida se enumeran:

1.- Las costas judiciales que se causen en el interés general de los acreedores;

2.- Las expensas funerales necesarias del deudor difunto;

3.- Los gastos de la enfermedad de que haya fallecido el deudor. Si la enfermedad hubiere durado más de seis meses, fijará el juez, según las circunstancias, la cantidad hasta la cual se extienda la preferencia;

4.- Subrogado. L. 165/41, art. 1º, L. 50/90, art. 36. Los salarios, sueldos y todas las prestaciones provenientes de contrato de trabajo.

5.- Los artículos necesarios de subsistencia, suministrados al deudor y a su familia durante los últimos tres meses. El juez, a petición de los acreedores, tendrá la facultad de tasar este cargo si le pareciere exagerado.

Adicionado. D. 2737/89, art. 134 Código del Menor. Los créditos por alimentos a favor de menores pertenecen a la quinta causa de los créditos de primera clase y se regulan por las normas del presente capítulo y, en lo allí no previsto, por las del Código Civil y de Procedimiento Civil.

6.- Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados.” (Subrayado fuera de texto) (Sentencia T-545-02) (R.D.)

⁷⁷ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-092 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sin embargo, con ocasión de una demanda presentada contra el artículo 5º (parcial) de la norma citada, la Corte, mediante sentencia C-092 del 13 de febrero de 2002, declaró que teniendo en cuenta la supremacía constitucional de los derechos de los niños (CP. artículo 44), los créditos alimentarios prevalecen sobre cualquier otra acreencia. (Sentencia T-545-02) (R.D)

En la parte resolutive de la Sentencia C-092 del 13 de febrero de 2002 se dispuso:

“Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*la quinta causa de*", contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el artículo 134 del Decreto 2737 de 1989, y **EXEQUIBLE en forma condicionada** el resto de la misma disposición, esto es, siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase.” (Sentencia T-545-02) (R.D).

Significa lo anterior que a partir de la sentencia C-092 de 2002, atendiendo al carácter de cosa juzgada y con observancia de los efectos *erga omnes* de las decisiones de constitucionalidad, los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre cualquier otra acreencia, incluidas obviamente las de origen laboral. (Sentencia T-545-02) (R.D).

2. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE DAR ALIMENTOS

La jurisprudencia de la Corte ha diferenciado el incumplimiento de obligaciones regulares y el incumplimiento de obligaciones alimentarias con la familia, y no solo frente a los derechos de los niños, sino protegiendo a la familia. Así, un fallo de Corte Constitucional establece que:

“La Corte no comparte los criterios del demandante. Como se dijo antes, el fundamento de la obligación alimentaria es el deber de solidaridad que une a los miembros más cercanos de una familia, y su finalidad es la subsistencia de los beneficiarios. El bien jurídico protegido por la norma acusada es la familia y no el patrimonio. A pesar de que dicha obligación se traduce, finalmente, en una suma de dinero, no se castiga a quien la incumple, por defraudar el patrimonio ajeno, sino por faltar a un deber nacido del vínculo de parentesco o matrimonio, y poner en peligro la estabilidad de la familia y la subsistencia de los beneficiarios (Sentencia C-984-02) (R.D).

En efecto, dado que se trata de dos situaciones diferentes, la que incumbe al deudor de un crédito regular y la del deudor de un crédito alimentario, no podría la Ley conferirles un tratamiento igualitario en punto al incumplimiento de la obligación. (Sentencia C-984-02) (R.D).

Ya ha quedado establecido que en materia de inasistencia alimentaria, la razón de la sanción es la afrenta que el incumplimiento genera en la unidad familiar y en la subsistencia de los miembros del núcleo social, mientras que el deudor incumplido de otro tipo de créditos afecta, apenas, el patrimonio ajeno. Siendo pues, dos situaciones diferentes las que se regulan en uno y otro caso, no podría argumentarse con suficiencia un cargo por violación del derecho a la igualdad. De hecho es la propia Sentencia C-237 de 1997 la que reconoce que ese trato es justificado. (Sentencia C-984-02) (R.D).

En este sentido, valdría finalizar recordando lo que la Corte advirtió en la publicitada sentencia: *“El artículo 28 de la Constitución que prohíbe la sanción privativa de la libertad “por deudas”, se refiere a las obligaciones meramente patrimoniales, en las que el obligado que insatisface un crédito, vulnera los bienes materiales del acreedor. En la inasistencia alimentaria, se reitera, no se pone en riesgo el patrimonio del beneficiario sino su propia subsistencia y la de su familia.”*⁷⁸ (Sentencia C-984-02) (R.D).

2.1 EMBARGOS EN PROCESO DE ALIMENTOS

En cuanto al embargo en procesos de alimento se ha dicho:

De acuerdo con el contenido de los anteriores preceptos, la medida de embargo de un bien sujeto a registro decretada por el juez de familia en un proceso de alimentos de menores está regulada por lo dispuesto en el artículo 542 del C. de P. Civil, razón por la cual este funcionario judicial deberá dar aplicación al procedimiento allí establecido. (Sentencia T – 557-02) (O.D).

Por lo tanto, el juez de familia, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trata, deberá comunicar inmediatamente al juez civil de la medida de embargo. Por su parte, el juez civil adelantará el proceso hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, solicitará al juez de familia la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial. (Sentencia T – 557-02). (O.D)

3. DERECHO DE ALIMENTOS EN PERSONAS DIFERENTES AL MENOR

Sin embargo no solo se ha hecho énfasis en los derechos del menor, pues el ordenamiento jurídico establece la obligación alimentaria frente a otras personas:

También el Código Civil reconoce y reglamenta el derecho que le asiste a ciertas personas para exigir de otras el suministro de lo necesario para vivir, cuando ellas mismas no tienen ni

⁷⁸ Sentencia C-237 de 1997

la capacidad ni los medios para procurárselo por sí mismas. Esta obligación supone, como cualquiera otra, la existencia de una situación de hecho que, por estar contemplada en una norma jurídica, genera consecuencias en el ámbito del derecho.⁷⁹ T-212 DE 2003. O.D.

Así, otro de los asuntos que se ha tratado ha sido la obligación de alimentos que hay entre cónyuges divorciados, la Corte establece los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si se tiene derecho a ser beneficiario de alimentos por parte del cónyuge divorciado cuando se tiene enfermedad grave e incurable.

3.1 DERECHO DE ALIMENTOS ENTRE CONYUGES DIVORVIADOS

Los cónyuges divorciados pueden definir de mutuo acuerdo si se dan las condiciones para que surja la obligación alimentaria cuál ha de ser el monto de los alimentos y de qué manera se hará el seguimiento a la evolución de la situación de cada uno. En caso de que no se llegue a un acuerdo, se podrá acudir a la justicia por las vías procesales que ofrece el ordenamiento jurídico en materia de alimentos. (Sentencia C-246-02) (O.D).

El hecho de que la persona gravemente afectada de una enfermedad o discapacidad incurable quede expósita luego del divorcio, sin que el otro cónyuge deba prestarle alimentos, atenta contra la autonomía del cónyuge enfermo, así como contra el principio de dignidad humana. Es claro para la Corte, entonces, que se hace necesario condicionar la constitucionalidad de la causal acusada en el sentido de que el cónyuge divorciado que tenga enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o psíquica, que carezca de medios para subsistir autónoma y dignamente, tiene derecho a que el otro cónyuge le suministre los alimentos respectivos, sin que ello excluya la realización voluntaria de prestaciones personales de éste en beneficio del cónyuge enfermo o anormal. Sentencia C-246/2002 (O.D)

Primero, el criterio de necesidad. Si el cónyuge enfermo o anormal no necesita los alimentos para subsistir de manera digna y autónoma, no tiene derecho a exigirlos. En el mismo sentido, si éste necesita tales alimentos para dicho fin, tendrá derecho a ellos en una cuantía razonable a la luz del propósito de asegurarle una vida digna con un grado de autonomía compatible con las limitaciones derivadas de su enfermedad o anormalidad. Sentencia C-246/2002 (O.D).

Segundo, el criterio de capacidad. El monto de los alimentos ha de guardar relación con la capacidad económica del alimentante. Así, el alimentante no puede ser obligado a pagar una suma desproporcionada dada su condición socio-económica y sus ingresos, sin perjuicio de que la cuantía de los alimentos evolucione con los cambios en la capacidad económica del alimentante. Sentencia C-246/2002 (O.D).

Tercero, el criterio de permanencia. Dados los avances de la medicina y de la ciencia en general, la situación del alimentado puede cambiar de tal manera que las condiciones que le

⁷⁹ Ver sentencias C-237 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz y C-1064 2000 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

hacían imposible subsistir digna y autónomamente sin los alimentos disminuyan – caso en el cual la cuantía de los alimentos podría bajar – o terminen por desaparecer – caso en el cual el alimentante no tendrá que seguir pagando alimentos que han dejado de ser necesarios para la subsistencia digna y autónoma del hasta entonces alimentado. Sentencia C-246/2002 (O.D.).

3.2 ALIMENTOS ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES

Se discutió en una sentencia la posible violación al derecho a la igualdad debido a que el Código Civil establece la obligación de alimentos entre cónyuges y no entre compañeros permanentes, la Corte en relación con este tema dijo lo siguiente:

La disposición del numeral 1º acusado del Código Civil, expedida en el año de 1873, adolece de una inconstitucionalidad sobreviniente puesto que a la luz del nuevo orden superior infringe el principio de igualdad que debe existir entre la familia surgida de un matrimonio válidamente celebrado y la originada en vínculos naturales (uniones de hecho) y, por ende, vulnera los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 5, 13 y 42 del estatuto superior. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

En efecto, el precepto impugnado otorga la calidad de sujeto pasivo de la obligación alimentaria al cónyuge. Sin embargo, no establece, como es obvio por la fecha en que se instituyó dicha normativa, el mismo derecho para quienes son integrantes de una familia conformada por vínculos naturales, es decir, para los compañeros permanentes, lo cual resulta inconstitucional por cuanto la Carta Política consagra la igualdad de derechos y deberes entre las parejas o familias conformadas por vínculos jurídicos y las fundadas en vínculos naturales. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

De este modo, una interpretación conforme a la Constitución del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil obliga concluir que si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar, más aun teniendo en cuenta la expresa prohibición que hace el artículo 13 Superior. (Sentencia C-1033-02) (R.D)

Una interpretación en sentido contrario permitiría presumir que las personas que constituyen una unión marital de hecho pretenden evadir responsabilidades, contraviniendo con ello el principio de que a todas las personas que forman una familia se les exige un comportamiento responsable, sin importar la forma que ella asuma, el cual puede ser exigido incluso judicialmente. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

Sin embargo, debe precisarse que los compañeros permanentes sólo podrán exigir el derecho alimentario, hasta que esté demostrada su condición de integrantes de la unión marital de hecho, puesto que debe existir certeza que quien dice ser compañero permanente lo sea en realidad. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

El numeral 4º del artículo 411 del Código Civil modificado por el artículo 23 la Ley 1ª de 1976, impone al cónyuge culpable la obligación de pagar alimentos al cónyuge divorciado o separado de cuerpos sin su culpa, es decir, al cónyuge inocente. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

En este caso la obligación a cargo del cónyuge culpable surge como sanción a la conducta que originó el rompimiento del vínculo matrimonial en el caso del divorcio del matrimonio civil y de la cesación de los efectos civiles en el matrimonio o la causal que suspende la vida en común de los casados y disuelve la sociedad conyugal en el caso de la separación de cuerpos. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

El divorcio y la separación de cuerpos son figuras jurídicas que operan en el campo exclusivo del contrato matrimonial y por lo mismo no regulan las relaciones entre los miembros de la unión marital de hecho. Pretender que ello sea así, es partir del supuesto de que el matrimonio y la unión marital de hecho son instituciones equiparables y tienen los mismos efectos jurídicos, lo cual, como se ha explicado, es un supuesto interpretativo equivocado. (Sentencia C-1033- 02) (R.D).

El aparente cargo formulado por la ciudadana accionante excedió los contornos regulativos del numeral acusado al atribuirle a dicha norma una consecuencia jurídica ajena a su redacción, puesto que por esa vía pretende extender la sanción al cónyuge culpable que dio origen al divorcio o a la separación de cuerpos, a uno de los integrantes de la unión marital de hecho, lo cual viola el principio de legalidad y desconoce que la interpretación en materia de sanciones es de carácter restrictivo. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

De lo anterior, se deduce que la demanda contra el numeral 4º acusado no cumple con el requisito de explicar la coherencia lógica o correspondencia jurídica que existe entre la disposición y el reproche que contra ella se formulan, es decir, el cargo de inconstitucionalidad no está respaldado con razones ciertas, específicas y pertinentes lo cual imposibilita un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. (Sentencia C-1033-02) (R.D).

3.3 OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS

En cuanto a la obligación de los abuelos se ha dicho:

El hecho que ni la madre ni los abuelos del menor pudieran dar razón del paradero del progenitor, constituyó razón suficiente para que los jueces accionados consideraran que la situación fáctica planteada se ajustaba a lo previsto en el art. 260 del Código Civil, sin que

con ello se violara el orden establecido en el art. 416 del mismo estatuto. En efecto, la primera de las normas citadas establece que *“la obligación de alimentar y educar al hijo que carece de bienes, pasa, por falta o insuficiencia de los padres, a los abuelos por una u otra línea conjuntamente.”*⁸⁰ (Sentencia T –201 –03) (R.D)

En concepto de las autoridades judiciales, la ausencia del progenitor y su falta de interés en sostener al hijo, hace procedente la fijación de una cuota alimentaria a cargo del abuelo paterno, lo cual a juicio de esta Sala, es una interpretación que se ajusta al ordenamiento jurídico, y en particular, a los derechos fundamentales de los niños protegidos constitucionalmente (Sentencia T –201 –03) (R.D)

Por lo tanto, el pago voluntario de unas cuotas alimentarias realizadas por el titular prevalente unos días antes de proferido el fallo de segunda instancia, no son suficientes para considerar que los jueces accionados incurrieron en una vía de hecho. Ello, toda vez que fallaron protegiendo los intereses del menor, como quiera que al no haberse demostrado un compromiso serio del progenitor, es obligación del accionante como ascendiente, el brindarle los alimentos que requiere. Evidentemente, como fue previsto por el juez de segunda instancia, su obligación puede ser revocada por un juez si el responsable del sostenimiento del menor aparece, asumiendo las responsabilidades que se derivan. (Sentencia T –201 –03) (R.D)

⁸⁰ Código Civil, art. 260.

ADOPCION

1. Definición
2. Fundamento Constitucional
3. Prevalencia de los Derechos del Menor
4. La adopción como mecanismo alternativo para constituir una familia
5. Requisitos
6. Familia Adoptiva

1. DEFINICION

Conforme a lo dispuesto por el artículo 42 de la Carta Política el Estado Colombiano afirma que la familia *“es el núcleo fundamental de la sociedad”*. A partir de ese reconocimiento establece que a ella puede darse origen ya sea por *“vínculos naturales o jurídicos”*. Es decir, por la libre decisión *“de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”*.(Sentencia C-482-03)(R.D)

Una de las maneras de conformar una familia es a través de la figura de la Adopción, constituyéndose en una forma diferente a la natural, pero igualmente válida y aceptada por la legislación colombiana.

El artículo 88 del Código del Menor define la adopción como *“una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno – filial entre personas que no la tienen por naturaleza”*. Esta norma debe ser interpretada a la luz de los instrumentos y tratados internacionales sobre derechos de los niños que vinculan a Colombia,⁸¹ según los cuales la adopción es, ante todo, una medida destinada a proveer al niño que no puede ser atendido por sus propios padres con una familia permanente,⁸² es decir, una medida subsidiaria que se toma primordialmente en interés del niño que va a ser adoptado, con el fin de darle un entorno familiar apto para su desarrollo integral,⁸³ ya que su propia familia biológica no cumple con las condiciones mínimas para ello, o representa un riesgo claro para su bienestar. (Sentencia T-510-03) (O.D)

⁸¹ Art. 93 de la Constitución Política y Art. 19 del Código del Menor.

⁸² “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, arts. 4 y 13.

⁸³ De ahí que la adopción se haya definido como un mecanismo para dar una familia a un niño, y no para dar un niño a una familia.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La adopción encuentra fundamento constitucional en los artículos 42, 44 y 45 que establecen la protección especial del niño y los derechos del mismo a tener una familia y a no ser separado de ella, a recibir protección contra toda forma de abandono, violencia física o moral, explotación laboral o económica, maltrato y abuso sexual, a recibir el cuidado y amor necesarios para lograr un desarrollo armónico y una formación integral”⁸⁴. (Sentencia T- 209 – 02) (O.B.)

A pesar de lo anterior, es claro que en la Constitución no existe como tal un derecho a la adopción, simplemente se busca dar protección a esta figura, a través de normas relacionadas que persigan siempre la protección del menor.

Así, aunque esta Corte haya reconocido que en la adopción también se ven involucrados una serie de derechos constitucionales de los adolescentes o los adultos, entre los cuales se encuentran los derechos de los futuros adoptantes⁸⁵, no existe un “derecho constitucional a adoptar”, pues la finalidad principal es proteger los intereses del menor abandonado. **(Sentencia T- 360 – 2002) (R. D.)**.

Es posible pensar que la adopción puede ser una forma de abandono de los hijos por parte de sus padres, y llegar a verse como un mecanismo legal poco conveniente, pero según lo señalado por la Corte Constitucional, estas dos figuras son diferentes, pero con una relación entre sí, ya que el abandonar puede tener como consecuencia directa la adopción de los menores.

3. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL MENOR

6.1. El hecho de que una madre decida dar en adopción un hijo, por sí sólo, no dice nada acerca de su calidad como madre y mucho menos como persona o como mujer.

Para desvanecer este prejuicio, en primer término, se debe distinguir entre dos conceptos: “abandonar a” alguien y “separarse de” alguien.⁸⁶ El abandono, según el Código del Menor, se da cuando un niño se encuentra en una grave situación de desprotección por la ausencia total de sus responsables, o cuando

⁸⁴ Sent. C-477/99 M.P. Carlos Gaviria Díaz

⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-587/98 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁸⁶ Esta distinción es analizada por Carol Sanger, Profesora de Derecho de la Universidad de Santa Clara, en un extenso artículo en el que se ocupa de estudiar los orígenes, estado y futuro de la regulación acerca de las diferentes formas de separación que pueden darse entre una madre y sus hijos, artículo en el que se exponen y desarrollan muchas de las ideas aquí expuestas (Snager, Carol. *Separating from children*. Columbia Law Review. March, 1996; Rev. 375.).

pese a estar presentes, no representan una garantía ni para la correcta formación del menor ni para su protección, bien sea porque no lo cuidan o porque ellos mismos son quienes lo afectan.⁸⁷ El abandono tiene como nota característica la situación de riesgo y desprotección del menor, no el hecho de que sus padres se hayan separado o no de él. Por eso, cuando los padres son una amenaza para el menor, la ley considera que éste se encuentra en situación de abandono, y, por tal razón, puede ser protegidos por el Estado dándolo en adopción sin requerir consentimiento alguno de sus padres. (Sentencia T-510-03) (O.D)

6.3. La manifestación de la voluntad de dar en adopción no implica necesariamente el deseo de querer separarse del hijo.

El reconocimiento de esta realidad, implica una gran responsabilidad por parte del Estado dentro del trámite de la recepción y valoración del consentimiento para dar en adopción. No puede entonces un funcionario del ICBF, por ejemplo, aceptar ingenuamente todas y cada una de las razones que se presentan para justificar la decisión, así como tampoco puede creer que la determinación adoptada en las circunstancias antes mencionadas es una decisión que refleja la verdadera intención y deseo de la madre, tomada con absoluta certeza de sus consecuencias jurídicas e implicaciones prácticas. Los funcionarios estatales tienen la carga de comprender y respetar el espacio de duda, así como aconsejar y guiar a la madre para tomar la mejor opción. (Sentencia T-510-03) (O.D)

La Corte⁸⁸ ha dicho que con la institución de la adopción se pretende garantizar al menor un hogar estable en donde pueda desarrollarse de manera armónica e integral, constituyendo una relación paterno-filial entre personas que biológicamente no la tienen. Dicha concepción, es reconocida en el artículo 88 del Código del Menor, y sobre su respaldo constitucional, ya se ha pronunciado esta Corporación⁸⁹, que además reconoce en ella un acoplamiento al principio universal del interés superior del niño en los términos previstos por el artículo 44 de la Constitución y por las normas internacionales⁹⁰. (Sentencia T- 360- 2002) (O. D.).

⁸⁷ Código del Menor, artículo 30.- Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro. || 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. || 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. || 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal. || 5. Carezca de representante legal. || 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental. || 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción. || 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley. || 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

⁸⁸ Ver Sentencia C-093/01

⁸⁹ Pueden verse entre otras las sentencias C-412/95 MP. Alejandro Martínez Caballero, T-587/98 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-562/95 MP. Jorge Arango Mejía.

⁹⁰ Declaración de los derechos del niño de la ONU (1959) y Convención sobre los derechos del niño de 1989, aprobada por la ley 12 de 1991.

En ese sentido, para la Corte no cabe duda de que un menor abandonado, tiene derecho a recibir protección por parte del Estado, y una de las formas de hacerlo puede consistir en la adopción, medida de protección por excelencia, previo el riguroso cumplimiento de ciertos requisitos por parte del futuro adoptante y del hijo adoptivo. Pero aunque la adopción pueda ser la más preferible de las medidas de amparo para un menor abandonado, no siempre será posible ya sea por sus condiciones personales, por la situación de los eventuales adoptantes, o por circunstancias externas. En estos casos, aún cuando existe el deber de protección por parte del Estado, no puede afirmarse que éste necesariamente tendrá que reflejarse mediante la aprobación de la adopción. (Sentencia T- 360- 2002) (R. D.).

4. LA ADOPCION COMO MECANISMO ALTERNO PARA CONSTITUIR UNA FAMILIA

Así las cosas, si el menor por cualquier razón carece de una familia dentro de la cual pueda crecer y desarrollarse como una persona apta para ser parte de una sociedad, corresponde al Estado intervenir en procura de los derechos que la Constitución les reconoce. Surge entonces, la institución de la adopción como un mecanismo alternativo de protección del menor, consagrada por el legislador extraordinario en el Decreto - ley 2737 de 1989, artículo 88 (Código del menor), en el cual se dispone que la adopción es “(...) principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paternofamiliar entre personas que no la tienen por naturaleza”. (Sentencia T- 209 – 02) (O.B.)

Ahora bien, teniendo en cuenta, por una parte, que en principio el interés superior del menor es estar con su familia biológica, razón por la que la adopción es una excepción, y por otra, que el acompañamiento de los funcionarios estatales debe concentrarse en la protección del menor, es un imperativo ofrecer siempre alternativas a la madre para que pueda conservar a su hijo. Los funcionarios estatales deben ser sensibles a la situación emocional de la madre, reconocer cuándo asume posiciones simplemente estratégicas, bien sea mintiendo, bien sea tergiversando u ocultando información, para lograr un resultado que ella, aisladamente o aconsejada, considera es el mejor, debido a una situación angustiada y desesperada. El Estado debe procurar cumplir a cabalidad el mandato según el cual la adopción es una medida subsidiaria, brindando condiciones materiales para que pueda darse la opción principal: que el niño crezca en el seno de su familia. Esto siempre y cuando, sea en beneficio del interés superior del menor. (Sentencia T-510-03) (O.D)

La determinación de “dar en adopción” es un caso en el que: (i) alguien debe tomar libre y autónomamente un decisión; (ii) que afecta de manera considerable los derechos prevalentes de un menor –en especial su derecho a tener una

familia– e incide en los derechos de los padres biológicos o de los responsables del menor; (iii) que requiere información técnica y precisa sobre los alcances jurídicos tanto de la decisión de dar en adopción como de la adopción misma y de las eventuales consecuencias psicológicas y prácticas; y (iv) que debe tomarse considerando ante todo el *interés superior del menor*. Así pues, a diferencia del caso de la intervención quirúrgica, en el cual la decisión la entran a tomar los padres tan sólo subsidiariamente ante la urgencia y la imposibilidad de que el hijo lo haga por sí mismo, en el caso del consentimiento de “dar en adopción” la decisión la toman los padres, aun cuando el menor esté en capacidad de pronunciarse. Al manifestar su consentimiento de “dar en adopción” los padres toman una decisión que les compete y los afecta directa y permanentemente. La afectación es grande por cuanto consiste en determinar si se quiere mantener o no, por el resto de la vida, el lazo de filiación con un hijo. Y les compete, en la medida que de acuerdo a la ley, quien toma esta decisión es quien ejerce la patria potestad sobre el menor que se vaya a dar en adopción. (Sentencia T-510-03) (R.D)

3.2.3. Uno de los primados más importantes que se deben aplicar al establecer la viabilidad de medidas protectivas que separen a un niño de su núcleo familiar consiste en que el simple hecho de que un niño pueda estar en mejores condiciones económicas, no es razón suficiente para privarlo de la compañía y el cuidado de sus familiares biológicos, por lo cual deben establecerse motivos adicionales, de suficiente peso, para legitimar una intervención de esta magnitud y trascendencia. Lo contrario equivaldría a imponer una sanción jurídica irrazonable a padres e hijos por el hecho de no contar con determinadas ventajas económicas, con lo cual se abriría la puerta para justificar restricciones desproporcionadas a la esfera constitucionalmente protegida de la familia. Lo que es más, se terminaría por restringir el derecho a gozar de la compañía y el amor de la propia familia a aquellos niños cuyos padres estén en condiciones económicas “adecuadas” – un trato a todas luces discriminatorio, y contrario al mandato contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 13 de la Carta y en el artículo 2 del Código del Menor, del cual se cita: *“Los derechos consagrados en la Constitución Política, en el presente Código y en las demás disposiciones vigentes, serán reconocidos a todos los menores, sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o cualquier otra condición suya, de sus padres o de sus representantes legales”* (subraya la Corte). En igual sentido, los artículos 129 a 131 del Código del Menor, que regulan las situaciones de menores que carecen de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, disponen que cuando quiera que dicha situación se derive de las condiciones económicas precarias de sus padres, las medidas de protección a imponer deberán buscar ante todo apoyar a la familia para que ésta

pueda cumplir directamente con las funciones que le son propias, y así mantener a los niños en su entorno familiar⁹¹.

En consecuencia, las medidas que tengan como resultado separar a un menor de su familia biológica únicamente son procedentes cuando quiera que las circunstancias del caso indiquen claramente que ésta no es apta para cumplir con sus funciones básicas en relación con el interés superior del menor. La aptitud de un determinado grupo familiar se determina, entre otras, aplicando los criterios jurídicos arriba enumerados, y atendiendo cuidadosamente a las circunstancias particulares de cada caso. Ni la pobreza relativa ni otras condiciones meramente económicas pueden ser invocadas para descalificar la aptitud de los padres. (Sentencia T-510-03) (R.D)

La decisión de dar en adopción a un hijo, debe tomarse no solamente pensando en el bienestar del núcleo familiar en general, sino además en el porvenir del menor, es necesario realizar el proceso de adopción de forma tal que el menor no vaya a soportar experiencias desfavorables para su desarrollo; es por esta razón que el Estado es uno de los involucrados directos en el proceso con la finalidad de proteger los derechos de los menores.

4.1. Si la determinación del *interés superior del menor* debe ser el norte de cualquier decisión que involucre los derechos de los niños, ello resulta especialmente claro cuando se trata de adoptar medidas de protección a su favor, y más cuando como resultado de dichas medidas, los niños pueden ser separados de su familia biológica. Los casos en que se decide la ubicación de los menores en hogares sustitutos o adoptivos son paradigmáticos en este sentido, puesto que el proceso de adopción como un todo debe estar orientado fundamentalmente por la búsqueda del interés superior del menor. Así, en el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional se establece que las adopciones internacionales deben tener lugar “*en consideración al interés superior del niño y al respeto a sus derechos fundamentales*” –meta que se adopta como objeto mismo del Convenio en el artículo 1–, mientras que la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los

⁹¹ Código del Menor, artículo 129: “Se entiende que un menor carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas cuando, sin presentarse los supuestos para ser considerado en situación de abandono o de peligro, carece de medios para atender a su subsistencia, o cuando las personas a cuyo cargo esté su cuidado, se nieguen a suministrárselo o lo hagan de manera insuficiente”.

Código del Menor, artículo 130: “Al menor que carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas se le prestará el concurso del Estado para imponer a los responsables de la obligación alimentaria el cumplimiento de la misma. Si la familia o los responsables de su cuidado personal carecieren de medios suficientes, esta atención le será dispensada por el Estado con el concurso de la familia y de la comunidad, de acuerdo con la situación en que se encuentre el menor”

Código del Menor, artículo 131: “Las medidas de protección al menor que se encuentre en la situación prevista en este título, serán adoptadas a solicitud de quienes tengan a su cargo el cuidado personal de su crianza y educación, o de oficio. Con ellas se busca a apoyar a la familia para a la atención integral del menor, procurando no separarlo de su medio familiar..”

Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional”, anteriormente citada, dispone en su preámbulo que en cualquier proceso de colocación en un hogar sustituto o de adopción, los intereses superiores de los niños implicados deberán ser la consideración primordial.⁹² (Sentencia T-510-03) (O.D)

4.2. La Corte ya se ha referido en anteriores pronunciamientos al carácter tuitivo y subsidiario de la adopción en el sistema colombiano; así, ha afirmado que con la adopción *“no se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por lazos de sangre”*,⁹³ y que *“en virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad”*.⁹⁴ De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha conceptualizado la adopción como un mecanismo primordialmente orientado a satisfacer el interés superior del menor cuya familia no provea las condiciones necesarias para su desarrollo, mediante su ubicación en un núcleo familiar apto: *“se desprende del derecho a tener una familia y no ser separado de ésta que en caso de que la familia natural no le brinde al menor el cuidado que merece procede la adopción como forma de garantizarlo. Así, quienes no son padres biológicos contraen por ministerio de la ley las obligaciones que tiene un padre natural. El hijo a su vez encuentra en este nuevo núcleo no natural a la que de ahora en adelante será su familia, a la cual pertenecerá y de la cual no debe ser separado”*.⁹⁵ En el mismo sentido, se ha afirmado que la adopción *“persigue el objetivo primordial de garantizar al menor que no puede ser cuidado por sus propios padres, el derecho a integrar de manera permanente e irreversible, un núcleo familiar”*.⁹⁶

4.3. En conclusión, dada su naturaleza eminentemente protectora, el proceso de adopción debe estar orientado ante todo por la búsqueda del interés superior del menor⁹⁷, el cual se debe aplicar como parámetro de interpretación de todas las

⁹² La regla sobre prevalencia del interés superior del menor en casos de adopción ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otros en el caso de Keegan vs. Irlanda (sentencia del 19 de abril de 1994, en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

⁹³ Sentencia C-562 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía). En esta ocasión la Corte Constitucional decidió que una norma que permite a los padres menores de edad dar en adopción un hijo, no desconoce los derechos constitucionales de aquellos, ni la espacial protección que confiere la Constitución.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Sentencia T-881 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Previamente citada.

⁹⁶ Sentencia T-587 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). Previamente citada.

⁹⁷ En ese sentido, la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional” establece en el preámbulo que en todo proceso de adopción, el interés superior del menor debe constituir la principal consideración; a su vez, el artículo 14 de esta Declaración establece que al decidir sobre procesos de adopción, se debe procurar la ubicación del menor en el ambiente más apropiado para su desarrollo.

normas aplicables. Por lo mismo, procederá ahora la Sala a evaluar, desde la perspectiva del interés superior del menor, cuál es el régimen jurídico aplicable en Colombia a este tipo de procesos, y en particular, al otorgamiento y la revocación del consentimiento para dar a un niño en adopción. (Sentencia T-510-03) (O.D)

En todo caso, la objeción en modo alguno es de recibo porque como se dijo, las actuaciones realizadas tienen como objetivo primordial la salvaguarda del interés superior del menor. Teniendo de presente que el bienestar del menor, en principio, consiste en que éste permanezca con sus padres biológicos, o en su defecto con su familia biológica, no es admisible que sin más prueba que el dicho de una mujer que acudió a dar su hijo en adopción, el ICBF esté plenamente seguro de que la principal medida de protección para *Alicia* era ser dada en adopción. Las versiones han debido ser analizadas cuidadosamente, de otra forma se desconoce abiertamente el mandato imperativo de orden público según el cual la adopción es una medida de protección subsidiaria, no principal. (Sentencia T-510-03) (R.D)

Antes de entrar a estudiar el procedimiento establecido para tramitar la adopción, es necesario reiterar que lo que debe primar en esta situación es el interés del menor, teniendo que pasar a un segundo plano los intereses de los adoptantes.

En el caso concreto, la omisión en que se incurrió por el juez de segunda instancia respecto de los requisitos de procedibilidad de la tutela, condujo a que tomara una decisión que, a juicio del Director de la Regional Antioquia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a la Corte, cambió el concepto moderno de la adopción que está centrada en el niño y no en el adulto, tratando al máximo de satisfacer las preferencias de éste en cuanto a la raza, sexo, edad del niño o niña adoptable, cuya consecuencia sería el incremento en el número de niños y niñas y jóvenes de difícil adopción, porque las parejas solicitantes exigirían niños menores de once meses de edad, como el deseo de la gran mayoría; por lo tanto admitir sin mayor fórmula de juicio que el Comité de Adopciones debe satisfacer en un todo las preferencias de los solicitantes, en cuanto a las características y condiciones de los menores que desean adoptar, pues de lo contrario vulnera los derechos de los petentes a la igualdad, libre desarrollo de la personalidad, petición o debido proceso, como lo plantean los demandantes, implicaría también el tener que reconocer que no podría aplicar ninguno de los criterios o factores que el ICBF ha decantado a lo largo de su existencia, para preseleccionar y aprobar al solicitante de adopción en beneficio de los derechos de todos los menores, criterios que no entra esta Sala de la Corte a comentar y mucho menos a cuestionar, por no ser el escenario ni la oportunidad para ello, dada la improcedencia del amparo solicitado por los esposos CÓRDOBA VELÁSQUEZ. (SENTENCIA T-249-02) (R. D.).

En las ocasiones en las cuales sea posible conocer la voluntad del menor al momento de tomar la decisión de dar en adopción o no, ésta será respetada ya que lo que se busca es el bienestar del menor.

5. REQUISITOS

No se trata por tanto de un consentimiento sustituto, que se otorga en nombre de otro ante la imposibilidad de que se manifieste; se trata de la decisión libre y autónoma de considerar, en virtud de la patria potestad y de acuerdo al *interés superior del niño*, que la mejor decisión posible es entregar al menor en adopción. En materia de adopción, las normas señalan la necesidad de que el menor manifieste su voluntad cuando sea posible contar con ella, pero, como se dijo, ello no excluye el requisito de que los padres se manifiesten también. (Sentencia T-510-03) (O.D)

6.2. Aunque la decisión debe estar orientada a la protección del interés superior del menor, constitucionalmente es legítimo para la madre considerar su propio interés sin anteponerlo al del menor

Las consideraciones que haga una madre de su interés propio a la hora de decidir si entrega en adopción a su hijo o no, son legítimas constitucionalmente. El derecho a la autonomía personal protege las consideraciones de la mujer acerca de su proyecto de vida y el lugar que dentro de él tendría un hijo o una hija. No obstante, en caso de que exista un conflicto irresoluble entre los intereses de la madre y el *interés superior del menor*, deberá primar este último, pues como lo establece el Código del menor en su artículo 20: “las personas y las entidades tanto públicas como privadas que (...) tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.” . (Sentencia T-510-03) (O.D)

Teniendo claro cual es el objeto y fundamento de la Adopción, es pertinente señalar sus efectos, así como los diversos requisitos que se exigen para poder adoptar a un menor.

Como lo ha dicho la Corte, la finalidad de este mecanismo se enmarca dentro del interés superior del menor y, consiste en “(...) dar protección al menor garantizándole un hogar adecuado y estable en el que pueda desarrollarse de manera armónica e integral, no sólo en su aspecto físico e intelectual sino también emocional, espiritual y social. El fin de la adopción como lo ha sostenido la Corte, no es solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y deberes que ello comporta. En virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad. (Sentencia T- 209-02) (O.B.)

Al referirnos a los requisitos, en primer lugar se señalaran las características y condiciones que debe estudiar la autoridad competente de las personas que aspiran ser padres sustitutos o adoptantes de un menor, así como los derechos que estos tienen a lo largo del proceso.

La ley puede exigir condiciones especiales de idoneidad física, mental, moral y social a los adoptantes, las cuales apuntan precisamente a la satisfacción del interés superior del menor, y sin que por ello las personas que desean adoptar puedan aducir que ha sido afectado su derecho a formar una familia pues, como ya se ha dicho anteriormente, la institución de la adopción está constitucionalmente estructurada en favor del menor que carece de familia. (Sentencia T-360-02) (R. D.).

La finalidad de la adopción es darle un hogar adecuado a un menor que no lo tiene en virtud de la especial protección que el artículo 44 de nuestra Constitución le dispensa a los niños. Según los conceptos solicitados por esta Sala, si la diferencia de edad entre un niño y sus padres adoptivos es mayor de 45 años, la brecha generacional es grande y puede tener implicaciones en el desarrollo psicomotriz, emocional y social del menor⁹⁸. (Sentencia T-360-02) (R. D.).

Para esta Sala es claro que la avanzada edad de los adoptantes y en especial la enorme brecha generacional que los separa del menor es tan grande que podía ser tenida en cuenta como criterio al momento de decidir sobre otorgar la adopción a fin de proteger los derechos del menor y garantizar su desarrollo en circunstancias idóneas. (Sentencia T-360-02) (R. D.).

La Corte ha lo largo de su jurisprudencia ha encontrado que la diferencia de edad que puede existir entre adoptante y adoptado, es un impedimento al momento de decidir entregar en adopción a un menor o no, tal y como se demuestra en el siguiente caso.

Encuentra la Sala que el ICBF decidió negar la solicitud de adopción debido, esencialmente, a la enorme diferencia de edad entre los adoptantes y el adoptado. Desarrolló entonces el artículo 89 del Código del Menor según el cual “[p]odrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar hogar adecuado y estable a un menor (...)” (subrayas fuera del texto). La entidad demandada encontró luego de varias visitas domiciliarias y del seguimiento del caso que la notable diferencia de edad entre los demandantes y el adoptable no garantizaría al menor unos padres idóneos para su desarrollo físico, ni para brindarle un hogar estable dada la esperanza de vida limitada de los posibles adoptantes. (Sentencia T-360-02) (R. D.).

⁹⁸ Ver concepto proferido por el departamento de Psicología de la Universidad Nacional de Colombia, fls. 367-370, similar posición esgrime la Facultad de Psicología de la Universidad de Los Andes.

Otro de los requisitos esenciales y que requiere de un análisis más detallado, es el del consentimiento, el cual se estudiara en detalle a continuación.

El Defensor de Familia debe asesorar a la madre que va a tomar la decisión de dar un menor en adopción o asegurarse de que esta reciba la asesoría completa, adecuada y oportuna. Debe hacerle ver las posibles alternativas de solución, las diferentes opciones con que cuenta para enfrentar la situación que atraviesa. Ayudarle a reflexionar sobre los prejuicios que pueden afectar la decisión, en especial cuando se advierte que la madre está angustiada. Su consentimiento no sólo debe ser libre por no ser producto de la fuerza, el engaño o el error, deber ser libre también por no ser fruto principalmente de la presión social, de la presión económica, de la ignorancia o de la desesperación transitoria. . (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.2.4.1. En la norma internacional y en la nacional se deja sin ningún tipo de validez el consentimiento que otorgue una madre de dar en adopción su hijo o su hija antes del nacimiento, pues se considera que la madre en estas condiciones no pueden ejercer libre y autónomamente, en forma plena, su voluntad. Una vez se inicia el embarazo, existen circunstancias que pueden llevar a una mujer a considerar que la mejor opción para su futuro hijo, y también para el proyecto de vida de ella, es entregarlo en adopción. Sin embargo, con el paso de los días el embarazo trae innumerables cambios y transformaciones tanto físicas como psíquicas, debido a los cambios hormonales. Durante los nueve meses de embarazo, se altera el cuerpo en forma tal que las visiones y representaciones de sí misma se transforman. Los cambios que experimenta una madre la pueden llevar a ser otra en un sentido muy profundo, y quizá el ser que inicialmente fue motivo de rechazo, luego lo sea de ilusión. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Los consentimientos que se otorgan antes del nacimiento del menor, tienen un porcentaje alto de probabilidad de ser revocados. Un número considerable de madres cambian de opinión en estas circunstancias y solicitan que se revoque el consentimiento de dar a sus hijos en adopción. Que ello ocurra no es bueno para los menores ni para las madres, puesto que puede implicar nuevas rupturas y nuevas separaciones. Por eso, en esta materia la postura asumida por el Código del Menor concuerda con la política legislativa internacional, que busca evitar la inestabilidad de los consentimientos otorgados antes del nacimiento prohibiéndolos o simplemente dejándolos sin efectos.⁹⁹ (Sentencia T-510-03) (O.D).

⁹⁹ Con relación a la oportunidad para dar el consentimiento de dar en adopción puede verse, por ejemplo, Note: *Rumpelstiltskin revisited: the inalienable rights of surrogate mothers*. Harvard Law Review, June 1986.

7.2.3.2. El artículo 4° de la Convención de la Haya desarrolla un parámetro que se encuentra implícitamente en el artículo 94 del Código, a saber, no basta con que se le brinde la información a la persona y se asegure que la comprendió cabalmente; se requiere también que la persona sea *convenientemente asesorada*. Esto es, la madre, o la persona que ejerza la patria potestad, debe ser aconsejada y guiada. No basta con suministrar amplia y debidamente la información si quien la recibe no la comprende realmente en su cabal dimensión y alcance, ni sabe cómo usarla y qué consecuencias se derivarán de decidir algo al respecto. Solo a partir de ese grado de conciencia sobre el acto propio se puede entender que el consentimiento fue pleno. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7. Para que sea *idóneo* constitucionalmente el consentimiento de dar a un menor en adopción debe ser *apto, asesorado e informado*

7.1. Pautas de interpretación de la normatividad sobre el consentimiento informado

7.1.1. La primera es la siguiente: *el intérprete debe prestar atención a que la lectura de la norma sea acorde con la Constitución de 1991*, pues se trata de una disposición que fue expedida bajo la vigencia de la Constitución de 1886. No obstante, debido que la fecha de expedición del Código del Menor (Decreto Ley 2737) fue el 27 de noviembre de 1989, se inspiró en una política legislativa no muy distante de la que animó a los constituyentes a consagrar los derechos de los niños en los términos en que lo hizo en el artículo 44. Por ejemplo, el texto de la Constitución consagra los derechos de los niños como derechos fundamentales, constitucionalizando así lo ya reconocido en el artículo 1° del Código del Menor, cuando advierte que su objeto es “consagrar los derechos *fundamentales* del menor”.

7.1.2. La segunda pauta de lectura es que el consentimiento en cuestión no es una figura jurídica aislada. *Es uno de los requisitos legales de la medida de protección de adopción de un menor, contexto dentro del cual la disposición debe ser leída*. En otras palabras, el consentimiento contemplado en el artículo 94 del Código debe entenderse como una figura jurídica encaminada a materializar algunos de los derechos fundamentales reconocidos tanto en la Constitución (artículo 44, C.P.) como en el propio Código. Específicamente: el derecho a la protección y al cuidado, para garantizar el desarrollo adecuado y completo del menor,¹⁰⁰ el derecho a que se le defina su filiación¹⁰¹ y el derecho a tener una familia, crecer en ella y no ser separado por ella, salvo en su propio interés.¹⁰² En

¹⁰⁰ C. del M., artículo 3.- Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción. (...)

¹⁰¹ C. del M, artículo 5.- Todo menor tiene derecho a que se le defina su filiación. A esta garantía corresponde el deber del Estado de dar todas las oportunidades para asegurar una progenitura responsable. || El menor será registrado desde su nacimiento y tendrá derecho a un nombre, a una nacionalidad, a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos.

¹⁰² C. del M., artículo 6.- Todo menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia. El estado fomentará por todos los medios, la estabilidad y el bienestar de la familia como célula fundamental de la sociedad. || El menor no podrá ser separado de su familia sino en las circunstancias especiales definidas en la ley y con la

los casos en lo que se señala que el menor deberá expresar también su consentimiento en ser adoptado, el artículo 94 no hace nada diferente a desarrollar el derecho fundamental a expresar libremente su opinión y a conocer sus derechos.¹⁰³ A esto se suma la manifestación expresa del artículo 44 de la Constitución que señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás.

7.1.3. La tercera pauta que ya fue desarrollada ampliamente por esta sentencia, es que cuando una persona va a interpretar el sentido de una disposición normativa, para con base en ella tomar una decisión que afecta a la vida de un menor, *el interés superior del menor* se tomará en cuenta por encima de cualquier otra consideración (art. 44, C.P. y art. 20, C. del M.)¹⁰⁴ El artículo 22 del Código del Menor hace explícita esta consideración hermenéutica al imponer al intérprete del texto la siguiente regla de lectura: “*la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.*” El Código no otorga espacio de discrecionalidad al intérprete para usar o no el parámetro de lectura.

7.1.4. La cuarta pauta es que esta norma, al igual que el resto de disposiciones del Código del Menor, es de orden público, lo que implica (1) que los principios que ella contempla son irrenunciables, y (2) que esta norma prevalece y debe ser aplicada con preferencia sobre otras leyes.¹⁰⁵

7.1.5. Finalmente la quinta y última pauta a seguir, es que los Tratados y Convenios internacionales ratificados y aprobados por Colombia “relacionados con el menor” por orden expresa del Código del Menor, deberán servir de guía tanto para *interpretar* como para *aplicar* lo dispuesto en el artículo 94 de dicho Código, al igual que para el resto de normas del mismo. Esta pauta se encuentra explícitamente consagrada en los artículos 93 y 44 de la Constitución Política y en el artículo 19 del Código del Menor.¹⁰⁶ Una vez establecidos estos cinco parámetros de lectura de la norma, entra la Sala a analizarla, desarrollando específicamente el caso en que el consentimiento para dar en adopción es

exclusiva finalidad de protegerlo. || Son deberes de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social.

¹⁰³ C. del M., artículo 10.- Todo menor tiene derecho a expresar su opinión libremente y a conocer sus derechos. En consecuencia, en todo proceso judicial o administrativo que pueda afectarlo, deberá ser oído directamente o por medio de un representante, de conformidad con las normas vigentes. || Artículo 11.- Todo menor tiene derecho al ejercicio de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión bajo la dirección de sus padres, conforme a la evolución de las facultades de aquél y con las limitaciones consagradas en la ley para proteger la salud, la moral y los derechos de terceros.

¹⁰⁴ C. del M., artículo 20.- Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.

¹⁰⁵ C. del M., artículo 18.- Las normas del presente Código son de orden público y, por lo mismo, los principios en ellas consagrados son de carácter irrenunciable y se aplicará de preferencia a disposiciones contenidas en otras leyes.

¹⁰⁶ C. del M., artículo 19.- Los Convenios y Tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de *interpretación y aplicación* de las disposiciones del presente Código. (acento fuera del texto)

otorgado exclusivamente por la madre, tal y como ocurrió en el presente proceso. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.2. El consentimiento de dar en adopción, en especial cuando se trata de un bebe y lo otorga la madre biológica

7.2.1. En primer lugar debe señalarse que el consentimiento es un *requisito* de la adopción. Es decir, el legislador exige que en cualquier caso que se vaya a dar en adopción a una persona, quién tenga legalmente el deber de velar y cuidar al menor en defensa de su interés superior, ha de pronunciarse al respecto y expresar su consentimiento de darlo en adopción.

7.2.2. *El consentimiento de dar en adopción debe ser libre de vicios*, esto es, exento de error, fuerza o dolo. Cuando una madre soltera da en adopción, su consentimiento, debe ser fruto de una decisión libre y autónoma, no puede ser producto de presiones indebidas, de amenazas o de engaños. Se trata pues de las condiciones generales que toda manifestación de voluntad debe respetar según la ley civil.¹⁰⁷

7.2.3. *El consentimiento debe ser informado y asesorado*. Según el artículo 94 del Código del Menor, cuando el consentimiento es otorgado por quienes ejercen la patria potestad, deben hacerlo manifestándose “(...) personalmente ante el Defensor de Familia, quien los informará *ampliamente* sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción” (acento fuera del texto de la norma). De esta manera el Código impide que la manifestación de voluntad sea un mero acto formal. Quienes ejercen la patria potestad debe ser plenamente conscientes de lo que están haciendo, de los alcances de su decisión y sus efectos. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.2.3.1. Tanto la norma nacional (artículo 94 del Código del Menor) como la internacional (artículo 4º, Convención de la Haya, 1993) establecen que el consentimiento debe ser *informado*, pero a la vez lo califican. En el caso nacional se exige que la persona que dé en adopción sea *ampliamente* informada, en tanto que la Convención exige que sea *debidamente* informada. Esta calificación respecto a cómo ha de ser informada la persona que otorga el consentimiento, tiene sin duda una fuerza normativa importante. No basta con dar la información, debe brindarse toda la que sea necesaria y hacerlo de la mejor forma posible, teniendo en cuenta las condiciones y capacidades de la persona que la recibe. (Sentencia T-510-03) (O.D)

El criterio que contiene el Código del Menor, según el cual se debe informar *ampliamente*, es de carácter cuantitativo, es decir, hace referencia a la cantidad de información. No puede darse una información sucinta, general, vaga, superficial o excesivamente básica. Es preciso dar toda aquella información que sea relevante y pertinente para lograr una cabal comprensión de la institución del consentimiento para dar en adopción y, por supuesto, de la institución de la adopción misma. En especial, es relevante y pertinente que se informe acerca de

¹⁰⁷ Artículo 1502 a 1516 del Código Civil.

las consecuencias jurídicas de dicho consentimiento así como del plazo para revocarlo y de los efectos del vencimiento de dicho plazo cuando el consentimiento no es revocado. También lo es que se informe sobre las alternativas a la adopción y el apoyo que eventualmente puede exigir la madre o los padres, cuando el motivo que lo llevó a dar a su hijo en adopción es la falta de recursos económicos para mantenerlo. Además, la amplitud de la justificación comprende las consecuencias prácticas de las decisiones y etapas principales del proceso, comunicadas en un lenguaje complementario del técnico, con el fin de que la madre, o quien ejerza la patria potestad, pueda comprender realmente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión. Adicionalmente se debe dar toda aquella información que se requiera en el caso concreto y deben responderse todas las preguntas que se formulen. . (Sentencia T-510-03) (O.D)

Por su parte, el criterio establecido por la Convención de la Haya, según el cual la persona que va a consentir debe ser *debidamente* informada, es de carácter cualitativo. Este no hace referencia a la cantidad de información que se debe dar (amplia) sino a la forma y manera en que ésta debe proveerse. En esta medida, es preciso que los funcionarios que se ocupen de ilustrar a una madre sobre los efectos de la adopción, se tomen el tiempo y el trabajo necesarios para que la madre biológica, o quien otorgue el consentimiento, logre dimensionar los alcances de su decisión. No se puede informar de manera escueta, no se puede emplear un vocabulario o una terminología extraña a quien está siendo informado. No se puede transmitir una gran cantidad de datos, reglas y principios, muy rápidamente, sin brindar espacio para que esa información se decante. No basta pues, contar toda la información a la persona, es necesario establecer si efectivamente fue asimilada y comprendida a un grado tal, que sirva para fundar la decisión de dar el consentimiento; de no ser así, se puede concluir que la persona no fue *debidamente* informada. . (Sentencia T-510-03) (O.D)

Ahora bien, para que una persona pueda ser *amplia y debidamente informada* debe brindársele un tiempo de reflexión. Una vez que los funcionarios le proporcionan a la madre, o a quien ejerza la patria potestad del menor, la información que constitucional y legalmente se requiere para emitir el consentimiento de dar en adopción, es preciso concederle un tiempo en la mayor calma y tranquilidad posible para permitir que la información pueda ser repasada y analizada. Es en este momento en que la madre o quien ejerza la patria potestad, podrá meditar respecto a lo que se le dijo, sopesar las consecuencias de su eventual decisión y concretar las dudas que tiene. Sólo después de haber tenido un espacio de reflexión se podrá saber si se desea o no, en realidad, asumir las consecuencias de la decisión de dar en adopción. . (Sentencia T-510-03) (O.D)

La exigencia de que la persona sólo puede dar en adopción luego de ser *amplia y debidamente* informada es una garantía de protección, en primer término, para el menor. En la medida que el consentimiento de dar en adopción es irrevocable

después de un mes de otorgado, según el artículo 94 del Código del Menor, debe contarse con un consentimiento seguro y estable que no ponga en riesgo el trámite de adopción. Por eso, la “prueba de fuego” de la seriedad, la seguridad y la estabilidad de una manifestación de consentimiento mediante la cual se dio a un menor en adopción es, precisamente, que no sea revocado.¹⁰⁸ . (Sentencia T-510-03) (O.D)

El artículo 94 establece que se debe informar “acerca de las consecuencias y la irrevocabilidad de la adopción”. El artículo 4° de la Convención de la Haya, por su parte, habla de informar debidamente acerca de “las consecuencias de su consentimiento, en particular en relación al mantenimiento o ruptura, en virtud de la adopción, de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen.”

Analíticamente puede entonces decirse que cuando una persona está considerando en dar en adopción, debe ser *amplia y debidamente informada* por lo menos acerca de los siguientes aspectos: (a) que su consentimiento debe ser otorgado libremente, sin estar bajo ningún tipo de fuerza, coacción, engaño o presión indebida; (b) que existe la posibilidad de que el menor se dé en adopción internacional; (c) que todo tipo de relación o vínculo legal y familiar con la familia biológica, o con quienes ejercen la patria potestad desaparecerá irrevocablemente; (d) que el menor o la menor adquirirá una relación legal y familiar de manera permanente e irrevocable con su familia, la familia adoptiva; (e) que la familia adoptiva decidirá la suerte del menor de ahora en adelante independientemente de lo que consideren los padres biológicos, aun si los padres adoptivos, por ejemplo, se separan; (f) las consecuencias afectivas, emocionales y psicológicas para ella y para el menor; (g) cuáles son los plazos y los términos dentro de los que se puede revocar el consentimiento, y cuando se torna irrevocable distinguiendo claramente entre la revocabilidad del consentimiento dentro del término legal de un mes y la irrevocabilidad de la adopción misma; (h) que todas las dudas e inquietudes que tenga puede formularlas, y todas deben ser claramente absueltas; (i) que la decisión de considerar que la adopción es lo mejor para el interés superior del menor, debe tomarse una vez se hayan ofrecido y considerado planes y programas que representen una alternativa de solución; (j) que tiene derecho a recibir el consejo y guía adecuados en especial psicológica,

¹⁰⁸ Ya antes la Corte ha señalado como en aquellos casos en los que el impacto sobre los bienes constitucionales es considerable, no basta con que el consentimiento sea informado. A propósito de los casos de hermafroditismo, en la sentencia SU-337/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se considero que debido a que las intervenciones hormonales y quirúrgicas a los hermafroditas son particularmente invasivas, el consentimiento informado de la persona debe ser cualificado, claro, explícito y fundado en el pleno conocimiento de los peligros de los tratamientos y de las posibilidades de terapias alternativas. Se precisó, que “(...) un consentimiento cualificado requiere a su vez de una madurez y autonomía especiales del paciente, quien debe ser no sólo perfectamente consciente de qué es lo que desea sino que además debe tener la capacidad de comprender cuáles son los riesgos de unas intervenciones que son invasivas, irreversibles y, en muchos casos, muy agobiantes. Por ello, en eventos como éstos, el equipo sanitario no sólo debe suministrar una información muy depurada al paciente sino que, además, debe establecer procedimientos que permitan constatar la autenticidad de su consentimiento.”

para tomar la decisión, así como también que puede seguir teniendo acceso a dicha guía y consejo; y (k) que no existe una obligación de dar el consentimiento en ese preciso momento puesto que puede darlo posteriormente.

Adicionalmente, *el consentimiento para dar en adopción a un menor, en especial cuando se trata de un acto de la madre biológica, debe ser apto*. La especialísima situación en la que se encuentra una madre en razón a su embarazo y a su condición física y emocional, lleva en ciertos casos a que su manifestación de voluntad se haya expresado bajo unas circunstancias tales, que afectan la aptitud del consentimiento. La importancia del acto de dar en adopción, en especial, el hecho de que se trata de una manifestación de voluntad que se otorga una sola vez en la vida y es definitiva, implica reglas especiales que aseguren que la persona no sólo es apta para manifestar su voluntad en general, sino que es plenamente apta para hacerlo específicamente en el momento en que lo va a hacer. . (Sentencia T-510-03) (O.D)

Teniendo claro los elementos que debe tener el consentimiento de la persona que va a dar en adopción a un menor, es pertinente tener especial cuidado con el consentimiento de la madre al momento de decidir si da en adopción a su hijo o no, por lo que a continuación se tratarán los temas referentes más importantes.

Los parámetros que se han de tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento *apto* son: (1) no puede ser en el momento del parto; (2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes –esto en un lenguaje inteligible para los no abogados–; y (5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado. Los funcionarios competentes tienen el deber de asegurarse que la madre se encuentre en una situación emocional que le permita dar un consentimiento *apto*. Por eso, el Defensor de Familia no puede recibir pasivamente el consentimiento de dar en adopción, así hayan pasado varios días después del parto, si advierte que la situación física y emocional de la madre, la presión que recae sobre ella, le impide manifestar un consentimiento *apto*. Debe adoptar una actitud activa dirigida específicamente a despertar en la madre conciencia sobre su estado, los factores meramente coyunturales que pueden estar influyendo en su decisión, las alternativas que tiene a su alcance y sobre si en esas circunstancias es aconsejable tomar una decisión de la cual no podrá arrepentirse ni retractarse al cabo de un mes. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.2.4.2. El Código del Menor exige que el consentimiento sea *ampliamente informado*. Adicionalmente incluye reglas de *aptitud* para manifestar su voluntad, al señalar que carece de validez el consentimiento de la madre otorgado antes del nacimiento de la criatura, como se dijo, en razón a la situación física y emocional de la madre. Ahora bien, en la medida en que esta alteración física y psíquica no desaparece en el momento mismo del parto, sino que persiste durante un lapso posterior, de las reglas mismas del Código se deriva que dentro de la etapa post - parto existe un tiempo en que la madre aún no puede manifestar un consentimiento *apto* y, por lo mismo, difícilmente podrá ser *amplia* y *debidamente* informada o *convenientemente asesorada*. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.2.4.3. El último aspecto respecto a la *aptitud* para poder dar un consentimiento constitucionalmente idóneo, es el contacto que se establezca entre la madre y su hijo o hija recién nacida. Algunas consideraciones señalan que lo mejor es cortar todo tipo de contacto, con el fin de permitir que la madre biológica logre la ruptura emocional con su hijo de la manera más tajante y segura posible. Por otra parte se defiende que la madre sí tenga contacto con el niño, pues se considera que solamente después de que ello ocurra la madre podrá ser plenamente consiente del significado de su decisión. En otras palabras, sin importar que tanta información y consejo se haya recibido, y sin importar si el consentimiento se otorgó después de pasado un mes después del parto, una madre que nunca vio a su hijo, que nunca tuvo contacto con él, no puede dimensionar en realidad la decisión que implica darlo en adopción, y en consecuencia, puede afectar los derechos del menor y de la madre al no lograr un consentimiento seguro y estable. (Sentencia T-510-03) (O.D)

La normatividad nacional no establece una regla específica al respecto, por lo que es posible que si una madre, libre y autónomamente, se mantiene en su decisión de darlo en adopción sin tener un contacto previo con el menor, su opción ha de ser respetada. No obstante, la madre debe poder entrar en contacto con su hijo. No se le puede negar la posibilidad de verlo, si no se ha dado el consentimiento aún, o si se encuentra dentro del plazo dentro del cuál es posible revocar dicho consentimiento. De tal manera que el derecho a acceder a su hijo o hija debe ser respetado para que el menor haya tenido al menos la posibilidad de iniciar una relación con su madre o con sus padres. La protección de su interés superior así lo exige ya que el menor, por su condición de recién nacido, no puede utilizar ese derecho ni mucho menos requerir entrar en contacto personal con su madre o quien ejerza su patria potestad. (Sentencia T-510-03) (O.D)

En conclusión, teniendo en cuenta (a) que en la normatividad nacional o internacional aplicable, no existe un plazo específico a partir del cual la madre puede dar el consentimiento *apto* para entregar en adopción a su hijo; (b) que existen, sin embargo, los mandatos de protección tanto del interés superior del menor como de la madre, que impiden que el consentimiento se otorgue bajo circunstancias de

alteración emocional, como cuando la madre biológica acaba de dar a luz; y (c) que la Convención de la Haya no resolvió el tema para permitir que lo hagan las regulaciones nacionales, las cuales, en una gran parte, no permiten a la madre dar el consentimiento durante las semanas siguientes al parto; la Sala Tercera de Revisión concluye que hasta que el legislador se abstenga de fijar un plazo determinado a partir del cual se entiende que la madre puede dar a su hijo en adopción mediante un consentimiento *apto*, los funcionarios competentes para recibirlo, en cada caso, deben interpretar las normas aplicables según los criterios hermenéuticos antes señalados, y garantizar la *aptitud* del consentimiento. (Sentencia T-510-03) (O.D)

En el caso que se muestra a continuación, se puede observar el problema que se presenta, al no determinar un momento específico en el cual una madre puede dar un consentimiento *apto* para dar a su hijo en adopción.

8.1.4.1 El consentimiento se dio a los dos días de nacida la niña. Indudablemente este tiempo es excesivamente corto, pues permite a la madre tomar su decisión cuando aún está alterada física y emocionalmente por los cambios que se han gestado en ella. Como se señaló anteriormente, el análisis de las normas que regulan el consentimiento de dar en adopción llevan a concluir dos cosas con relación a al momento a partir del cual, una vez nace el menor, le es dado a la madre otorgar su consentimiento: (a) las reglas de protección al *interés superior del menor* y de protección a la madre impiden que el consentimiento sea *apto* si la madre lo otorga cuando acaba de dar a luz, en especial en los días inmediatamente siguientes al parto, y (b) que mientras el legislador establece un plazo determinado o un criterio para poder determinarlo, los funcionarios administrativos deben establecer criterios de prudencia en esta sentencia. Los parámetros que deben tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento *apto* son: (b-1) no puede ser en el momento del parto; (b-2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (b-3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (b-4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes, en un lenguaje inteligible para los no abogados; y (b-5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado. Es necesario que el ICBF tome una determinación informada y razonable de cuándo es el momento en que cada madre, dependiendo de su situación concreta, puede dar el consentimiento. (Sentencia T-510-03) (R.D)

El consentimiento de dar a *Alicia* en adopción tampoco cumplió la exigencia de ser *apto* por dos razones: (i) se permitió a *Beatriz* manifestarlo cuando ella aún se

encontraba en el periodo inmediato al post parto, y (ii) no se le aseguró a la madre el acceso a su hija. (Sentencia T-510-03) (R.D)

7.2.5. *Un consentimiento para dar en adopción no puede darse a cambio de un beneficio económico.* La Convención de la Haya de 1993 precisa en su artículo 4°, literal (c), que las adopciones internacionales sólo proceden cuando se compruebe, entre otros eventos cuando: “(4) el consentimiento no ha sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna” Esta prohibición coincide plenamente con el artículo 44 de la Constitución Política que de manera expresa señala que todo menor será protegido contra toda forma de “venta” o “explotación económica”. Carece pues de cualquier tipo de *idoneidad constitucional* el consentimiento de dar en adopción que responda al interés de recibir cualquier tipo de beneficio de carácter económico, a cambio de la entrega de un hijo o hija. (Sentencia T-510-03) (O.D)

En resumen: La voluntad de dar en adopción es *idónea constitucionalmente* cuando se manifiesta por medio de un consentimiento *apto, asesorado e informado*.

Concretamente, el consentimiento para dar en adopción debe, además de ser *libre de vicios*, es decir, exento de error, fuerza y dolo: reunir los siguientes requisitos: (i) *ser apto*, esto es, otorgado en un momento en cual la persona se encontraba en un estado anímico y emocional estable, fuera de alteraciones físicas o psicológicas o plenamente consciente de ellas, como se señaló en el apartado 7.2.4.2 y luego de haber tenido acceso al menor;¹⁰⁹ (ii) *ser amplia y debidamente informado*, para lo cual los funcionarios competentes deben brindar toda la información necesaria para que quien va a dar en adopción pueda comprender plenamente el significado y las implicaciones concretas y precisas de su decisión como se anotó en el apartado 7.2.3 de esta sentencia. Para ello es preciso que se emplee un lenguaje claro e inteligible para la persona en cada caso y se le dé oportunidad de reflexionar y formular inquietudes al respecto; (iii) *ser convenientemente asesorado*, lo que implica que los funcionarios además de brindar información a la persona, deben ayudarle a usarla, y en general, acompañarla en la toma de la decisión en especial respecto de las consecuencias jurídicas y prácticas de su acto y de las circunstancias en que está emitiendo su consentimiento así como de las alternativas que tiene a su alcance; y (iv) el consentimiento no puede darse en contraprestación de un beneficio económico. (Sentencia T-510-03) (O.D)

¹⁰⁹ Como se indicó, los parámetros que se han de tener en cuenta para establecer si la madre se encuentra en condiciones o no de dar un consentimiento *apto* son: (1) no puede ser en el momento del parto; (2) que se le haya informado previamente que a raíz del embarazo y del parto, puede estar en un estado emocional capaz de perturbar severamente su decisión y de distorsionar su apreciación sobre las consecuencias jurídicas subsiguientes y las implicaciones prácticas próximas y remotas; (3) que se le haya informado que cuenta con tiempo para poder reflexionar; (4) que se le advierta que si pasados los días siguientes al parto decide dar el consentimiento en dicho estado, éste será irrevocable después de un mes -esto en un lenguaje inteligible para los no abogados-; y (5) que en todo caso se tendrá la posibilidad de ver al menor durante el período que otorga la ley para revocar el consentimiento, en caso de haberlo dado.

Una vez explicada toda la parte sustancial del proceso, es el momento para explicar lo referente al procedimiento que debe realizarse para dar a conocer la intención de una persona de dar en adopción a su hijo.

7.4.1. *El procedimiento para dar el consentimiento de dar en adopción debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas.* La primera advertencia que debe hacerse, es que el proceso debe respetar la dignidad humana de todos los involucrados. El Estado debe tener en cuenta que el procedimiento que se adelanta en este caso, a diferencia de muchos otros, no es un mero trámite oficial, en el cual es preciso definir una situación legal. En este caso, la dignidad de las diferentes partes involucradas está comprometida en un alto grado, en especial la del menor, pero también la de los padres, tanto los biológicos como la de los adoptivos. Los funcionarios encargados de adelantar este trámite deben ser sensibles ante las dificultades emocionales y afectivas que este proceso conlleva, en todos y cada uno de los momentos del procedimiento. El respeto al principio de dignidad así lo exige (art. 1, C.P.). (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.4.2. *Notificación del proceso de medida de protección.* El primer momento del trámite es cuando el menor que será dado en adopción es recibido por el ICBF y se inicia el procedimiento para aplicarle una medida de protección, primero una madre sustituta y posteriormente la adopción. En este momento, la notificación ordenada por la ley (artículo 39, C. del M) no puede agotarse en entregarle un papel a la madre para que lo firme. Este es el momento cuando la madre debe ser *convenientemente asesorada y amplia y debidamente informada y su aptitud para consentir, valorada expresamente.* En lenguaje claro y sencillo, inteligible para la persona a quien se le comunica, debe explicársele en qué consiste esa notificación, cuáles son sus consecuencias, así como cuáles son los pasos a seguir y los plazos para ello. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.4.3. *Una vez la madre se encuentre en condiciones emocionales estables debe ser amplia y debidamente informada.* Este aspecto ya fue desarrollado anteriormente, por lo que en este apartado sólo resta hacer énfasis en dos cosas. Primera, la información debe serle brindada hasta tanto exista certeza de que la persona la comprendió cabalmente. Se le deben presentar casos, ejemplos y situaciones que le ayuden a entender y dimensionar el alcance de sus decisión y sus efectos tanto jurídicos como prácticos. Segundo, este es también un momento para *asesorar convenientemente.* Debe brindarse apoyo en analizar los diferentes aspectos y problemas que preocupan a la persona, a la luz de las opciones y posibilidades con que se cuenta. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.4.4. *Momento de la manifestación del consentimiento.* Este momento, sobre el cual también se habló anteriormente, es sin duda el más importante. Como se dijo, no puede coincidir con el momento en que fue informada la persona, y entre

este momento y aquél debe haber transcurrido un tiempo prudencial que haya permitido la reflexión. La madre debe ser realmente libre para adoptar la decisión que ella está tomando. Para ello, entre muchas otras cosas que deben y pueden hacerse, se le debe recordar que sin importar lo ocurrido hasta ese momento ella es libre de dar el consentimiento o no. En todo caso se le debe recordar que de querer darlo es totalmente libre para revocarlo durante los siguientes 30 días, tiempo que debe ser presentado como un período adicional de reflexión, al cabo del cual su silencio es la ratificación de su consentimiento. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.4.5. *Aviso o acercamiento antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento.* El sentido de protección del menor que tiene la posibilidad de revocar el consentimiento por cualquier razón dentro del mes siguiente, demanda del Estado garantizar la seriedad, seguridad y estabilidad del consentimiento otorgado. Por ello, no es de recibo que los funcionarios estatales dejen de comunicarse con la madre y esperen simplemente a que el tiempo transcurra para poder continuar con el trámite de adopción. No se trata de un término para ceder algún tipo de bien o de servicio. Se trata de una decisión vital que afecta la vida de un niño, sujeto especial de protección constitucional, y que afecta la conformación de por lo menos dos familias, núcleos básicos de la sociedad. Es pues, deber de las autoridades competentes acompañar a quienes han brindado su consentimiento de dar en adopción. Se le debe preguntar a la madre, por ejemplo, si desea que se le avise que el plazo está por vencer, antes de que ello ocurra para que pueda ser consciente de un momento crucial e irreversible del proceso. En todo caso, así la madre no lo pida, cuando dadas las circunstancias del caso esto sea lo más conveniente para el interés superior del menor, oficiosamente se le debe advertir, pocos días antes de que este expire, para contar con una manifestación de voluntad tan estable y segura como la exigen las reglas nacionales e internacionales sobre la materia. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.4.6. En resumen, un debido proceso mínimo para manifestar el consentimiento de dar en adopción (i) debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas; (ii) conlleva la notificación de la iniciación del proceso de medida de protección; (iii) debe prever un momento en el que se de *amplia y debida información*; (iv) posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y (v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Como en muchos de los actos jurídicos que celebran las personas, en éste caso también se les da la oportunidad a las personas que manifestaron su consentimiento de dar en adopción un menor, de revocarlo antes de determinado tiempo y siempre que sea buscando el bienestar del menor.

En los siguientes párrafos se mostrará la posición de la Corte Constitucional frente a la irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción, y la posibilidad que consagra la ley Colombiana de revocarlo.

7.3.1. *La irrevocabilidad* consiste en la imposibilidad que tienen los padres biológicos para dejar sin efectos su manifestación de voluntad de dar en adopción a su hijo o hija. La interpretación del parágrafo en cuestión, que también debe responder a los cinco parámetros de interpretación señalados previamente, tiene por finalidad la protección del menor, la defensa de su interés superior. En efecto, la principal razón para que exista la irrevocabilidad es la protección del menor. Los sistemas jurídicos impiden que la madre, o quien ejerza la patria potestad, revoque el consentimiento de dar en adopción más allá de un período específico de tiempo, por la misma razón que establecen que la decisión de los padres adoptantes de querer adoptar, tampoco es revocable: salvaguardar la estabilidad de las condiciones de vida del menor, en el seno de una familia que propicie un ambiente adecuado para su desarrollo integral. (Sentencia T-510-03) (R.D)

Una vez se decide entregar un niño o una niña en adopción, incluso cuando ésta es la mejor medida de protección posible en favor de su interés superior, se le somete a una situación que tiene efectos negativos en su desarrollo, en tanto que conlleva una ruptura emocional, una separación. Posteriormente es entregado a una madre sustituta (si no pasa por las manos de varias, tal y como ocurrió en el caso de la referencia). Finalmente, es entregado a la familia adoptiva, lo cual nuevamente representa una separación, un cambio impactante para el menor y su desarrollo. Es pues en interés superior del menor, que una vez se encuentre en firme la decisión de darlo en adopción, ésta no pueda retrotraerse. El menor no puede seguir estando en hogares de paso, bajo el cuidado de madres sustitutas hasta tanto sus padres biológicos o adoptivos resuelvan tomar una decisión segura y estable al respecto. Las decisiones cruciales con respecto a un niño, una vez tomadas son irrevocables en protección del menor. (Sentencia T-510-03) (O.D)

La existencia misma de las condiciones de irrevocabilidad es, a su vez, un elemento normativo importante que ayuda a que las partes involucradas adviertan la importancia de la decisión a tomar. Es pues, un segundo propósito de la medida, propiciar unas reglas de juego claras que aseguren que las decisiones que se tomen sean seguras, serias y estables. A la vez, se pretende proteger tanto a los padres biológicos, quienes deben hacer un duelo y deben poder desprenderse física, psicológica y emocionalmente de su hijo, como a los padres adoptantes, quienes no pueden quedar en la incertidumbre de que quizá, el día de mañana, los padres biológicos pretendan separarlos del menor, alegando un “mejor derecho”. Tal y como lo establecen los derechos fundamentales de todo niño o niña, el Estado debe garantizar la pertenencia del menor a una familia en la que pueda desarrollarse libre e íntegramente. Un ambiente pacífico, tranquilo y estable en el cual el menor, pueda por fin crecer bajo el cuidado y el amor de un grupo familiar preocupado por su bienestar. (Sentencia T-510-03) (O.D)

El artículo 94 del Código del Menor consagra la posibilidad de que los padres puedan consentir que el menor a su cargo sea entregado en adopción y la posibilidad de que tal consentimiento sea revocado dentro de un término perentorio. El primer párrafo del artículo indica: “En todo caso, antes de transcurrido un (1) mes desde la fecha en que los padres otorgaron su consentimiento podrán revocarlo. Transcurrido este plazo el consentimiento será irrevocable.” (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.3.2. El plazo para revocar el consentimiento de dar en adopción. En general en todos los ordenamientos existe acuerdo en cuanto a que es necesario llegar a un punto en el cual el consentimiento de dar a un menor en adopción sea irrevocable.¹¹⁰ No ocurre lo mismo a la hora de determinar desde qué momento se genera esta consecuencia jurídica y si existen o no excepciones. Esto es: ¿cuál es el plazo para revocar el consentimiento? ¿Desde cuándo deja de ser posible revocarlo? ¿Qué razones o motivos pueden invocarse para revocarlo?

En el caso de Colombia, como se indicó, el artículo 94 del Código del Menor establece que treinta días después de otorgado el consentimiento, éste es *irrevocable*. Dentro del plazo otorgado no se fija límite legal alguno respecto a las razones para retractarse de la decisión de dar en adopción; es más, ni el artículo 94 en cuestión, ni alguna otra norma exige que los padres den razones para justificar su decisión. La regla establecida en Colombia por el legislador extraordinario, brinda una garantía real a los padres y asegura la estabilidad del consentimiento, en la medida en que otorgan plena libertad a los padres para revocar su consentimiento. Se propicia así, la obtención de un consentimiento *idóneo constitucionalmente*, es decir, un consentimiento seguro y estable, que no ponga en riesgo la estabilidad del menor. (Sentencia T-510-03) (O.D)

7.3.2.2. La segunda variable que un sistema normativo debe contemplar, consiste en fijar cuál es el plazo dentro del cual es posible revocar el consentimiento, contado a partir de la fecha en la que el consentimiento fue otorgado. El término otorgado por el Código del Menor busca garantizar que el consentimiento sea *idóneo* constitucionalmente. Por una parte, permite a la madre tener un tiempo prudencial para que de manera libre, autónoma y sin presiones, decida si lo mejor en el interés superior de su hijo es mantener su decisión de darlo en adopción o modificarla. Pero por otra, es un término que no se extiende durante mucho tiempo, por lo que no genera incertidumbre en cuanto a las medidas de protección que puedan tomarse para garantizar al menor el goce efectivo de los derechos fundamentales del niño, en especial a tener una familia y a recibir cuidado y amor.(Sentencia T-510-03) (O.D)

¹¹⁰ No ocurre lo mismo en cuanto a la revocabilidad de la decisión de adoptar al menor, al respecto existe una mayor divergencia entre los diferentes ordenamientos; problema que se distancia del caso bajo Revisión, por lo que la Sala de Revisión no entra a analizar el tema.

La razón por la que se otorga un plazo dentro del cual se puede revocar libremente el consentimiento de dar en adopción, es precisamente que ni siquiera el cumplimiento de todos los requisitos de idoneidad constitucional antes señalados garantizan que la manifestación de su voluntad sea reflejo de una intención firme y duradera de desprenderse de su hijo. Después de entregar al menor, la ausencia real que tiene que afrontar la madre o las personas que ejerzan la patria potestad durante los siguientes días, les permite confrontarse a esta nueva realidad y decidir si quieren sostener la decisión que originalmente fue tomada tan sólo imaginándose cómo sería la situación, no viviéndola. (Sentencia T-510-03) (R.D)

7.3.2.3. En resumen, el consentimiento para dar en adopción, puede ser revocado durante un plazo de treinta días, a partir del momento en que éste es otorgado; posteriormente es irrevocable siempre que haya sido no solo válido civilmente sino idóneo constitucionalmente.(Sentencia T-510-03) (O.D)

7.5.2. Ahora bien, esto implica que salvo aquellos casos en que simplemente no existió consentimiento (por ejemplo, si el niño es secuestrado y el consentimiento fue falsificado), o el consentimiento está viciado por error, fuerza o dolo (por ejemplo, se induce a la otra persona a consentir diciéndole que los efectos de la adopción son otros), casos en los que el consentimiento mismo está en entredicho, las condiciones de *idoneidad constitucional* pretenden asegurar que una vez se manifieste la voluntad y transcurra un mes, se cuenta con un consentimiento serio, seguro y estable. La severidad de la regla de irrevocabilidad, tiene sentido entonces, en tanto se hayan observado la plenitud de las garantías que el orden constitucional vigente otorga a quien da el consentimiento. En otras palabras: la regla de la irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción, pasado un mes de haber sido otorgado, presupone (1) que éste existió, (2) que fue válidamente dado, y (3) que fue *constitucionalmente idóneo*. (Sentencia T-510-03) (R.D)

7.5.3. Cabe advertir que las circunstancias en las que se dio y se revocó el consentimiento para dar en adopción, si bien son determinantes de la decisión a adoptar y potencialmente definitivas para la situación del niño, no pueden ser la única ni la principal razón. El interés superior del menor no puede determinarse atendiendo a consideraciones relativas exclusivamente a las características del consentimiento. Como ya se anotó, debe asumirse una perspectiva integral que considere sus condiciones en general, vistas como un todo. Por ejemplo, riesgos graves a los que pueda estar expuesto el menor de asegurar a su familia biológica, o que éste ya haya sido entregado e integrado a la familia de los padres adoptivos. . (Sentencia T-510-03) (R.D)

7.5.4. En conclusión, cuando el consentimiento de dar en adopción no es idóneo constitucionalmente, no se verifica el supuesto normativo necesario para que sea aplicable la regla de la irrevocabilidad de éste a los treinta días de otorgado. . (Sentencia T-510-03) (R.D)

(1) El consentimiento para dar en adopción debe ser *idóneo constitucionalmente*, lo cual significa que además de ser *libre de vicios*, debe ser (1-i) *apto*; (1-ii) *amplia y debidamente informado*; (1-iii) *convenientemente asesorado*; y (1-iv) no haberse dado en contraprestación de un beneficio económico.

(2) Un debido proceso mínimo para manifestar el consentimiento de dar en adopción (2-i) debe ser humano y sensible a la dignidad de las personas involucradas; (2-ii) conlleva la notificación de la iniciación del proceso de medida de protección; (2-iii) debe prever un momento en el que se de *amplia y debida información*; (2-iv) posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y (2-v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocar el consentimiento.

(3) El consentimiento para dar en adopción, puede ser revocado durante un plazo de treinta días, a partir del momento en que éste es otorgado; posteriormente es irrevocable siempre que haya sido no solo válido civilmente sino idóneo constitucionalmente. Por lo tanto, cuando el consentimiento de dar en adopción no es *idóneo constitucionalmente*, no se verifica el supuesto normativo necesario para aplicar la regla de la irrevocabilidad de éste, a los treinta días de otorgado. (Sentencia T-510-03) (R.D)

A continuación se relata el caso en donde se encuentra un ejemplo sobre la irrevocabilidad del consentimiento cuando éste no es idóneo.

Como se dijo, es irrevocable a los treinta días de otorgado, el consentimiento *apto, asesorado e informado* de dar en adopción, esto es, el consentimiento *idóneo constitucionalmente*. Por lo tanto, al no haber dado *Beatriz* en adopción a su hija *Alicia* mediante un consentimiento en los términos exigidos por la Constitución Política, las normas de orden público del Código del Menor, y los tratados sobre derechos de la niñez, no es aplicable el parágrafo del artículo 94 que le impide a ella revocar su consentimiento. (Sentencia T-510-03) (R.D)

Se tiene, entonces, que el consentimiento de *Beatriz* para entregar a *Alicia* en adopción no fue *constitucionalmente idóneo*. Por lo mismo, el ICBF no estaba facultado para dar aplicación a la regla del Código del Menor sobre la irrevocabilidad de dicho consentimiento, una vez transcurrido un mes desde su otorgamiento. Si la óptica con la que la Sala ha enfocado la resolución de este caso estuviera referida únicamente a la forma en que *Beatriz* expresó su voluntad de entregar a *Alicia* en adopción, habría de ordenarse que se diera curso a la solicitud de revocatoria del consentimiento presentada por la peticionaria, y en consecuencia, la custodia de *Alicia* debería ser restituida a su madre biológica. (Sentencia T-510-03) (R.D)

Lo anterior no puede ejecutarse sin desconocer por completo los derechos que adquieren los futuros adoptantes al momento de tener la expectativa de recibir a un menor en su hogar.

3.4.4. Es necesario hacer referencia a los derechos de las personas que se postulan y son aprobadas por las instituciones competentes como padres adoptantes, quienes aún antes de la entrega física del menor a quien las autoridades han asignado su hogar, son titulares de una expectativa legítima que no puede ser desconocida en forma arbitraria por las autoridades. En efecto, si bien esta Corporación ha establecido que no existe como tal un derecho constitucional a adoptar –quienes deseen hacerlo deben llenar ciertos requisitos mínimos de idoneidad establecidos por la ley–,¹¹¹ ello no quiere decir que las personas que se han sometido voluntariamente al procedimiento de selección para convertirse en padres adoptivos puedan quedar desprotegidas frente a actos injustificados de las autoridades o de los particulares, mucho menos si después de los trámites inherentes al proceso de adopción, ya han sido seleccionados para recibir en su familia a un niño.

La anterior posición se sustenta en dos razones básicas: (a) en primer lugar, quienes se postulan como potenciales padres adoptivos obran en función de motivos fundamentalmente humanitarios, encaminados a ofrecer las condiciones para promover el interés superior del menor, a saber: el deseo de proporcionar una familia a un menor desprotegido, y de proveerle el afecto, cuidado y atención de los cuales carece; y (b) en virtud de su sometimiento *de buena fe* a los extensos trámites de evaluación, calificación y selección inherentes al proceso de adopción de un menor, quienes resultan elegidos por las autoridades competentes para ser padres adoptivos, cuando se ha adelantado un proceso de adopción, adquieren una verdadera *confianza legítima* frente a dichas autoridades, consistente en que, a menos que se presente alguna de las causas previstas en la ley, tal proceso de adopción llegue a su término normal con la entrega del menor correspondiente, y que no sea dilatado, suspendido ni mucho menos retrotraído –regla que constituye, igualmente, una materialización del derecho constitucional al debido proceso, que se debe observar en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, incluidos los procesos de adopción–. Esta confianza legítima, que es digna de protección constitucional incluso antes de la entrega física del menor al hogar adoptivo, se fortalece significativamente cuando dicha entrega ya se ha efectuado, en forma correlativa al interés superior de dicho menor en contar con una familia estable, y adquiere el carácter de un verdadero derecho de los padres a estar con su hijo (o hija) adoptivo, y viceversa, una vez se encuentre en firme la sentencia de adopción correspondiente.

¹¹¹ Véase, en este sentido, la sentencia C-093 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) La Corte Constitucional decidió que no violaba el derecho a la igualdad ni el derecho a tener una familia, una norma que establece como requisito para adoptar ser mayor de 25 años.

Por eso, en algunos casos esta Corte ha decidido que el menor entregado después de un proceso de adopción a sus padres adoptantes, debe permanecer con ellos para preservar el interés superior del adoptado y el derecho de los adoptantes, así se hubieren presentado irregularidades o inclusive vicios que tales padres adoptantes desconocían absolutamente puesto que obraron de buena fe.¹¹² Incluso cuando el proceso de adopción no ha tenido lugar pero, de facto, el niño se ha incorporado a una familia, la jurisprudencia constitucional ha defendido su permanencia dentro de ésta.¹¹³ (Sentencia T-510-03) (O.D)

A lo largo de este escrito se ha demostrado el gran interés que tiene la Corte Constitucional por proteger no solamente al menor, sino también busca el mejor trato para las personas que voluntariamente desean dar una familia a un menor que lo necesita.

Seguidamente se expone un caso en donde se busca proteger los intereses del menor, así como las expectativas e ilusiones de los futuros padres adoptivos.

La presunción a favor de la familia biológica únicamente puede ser desvirtuada con argumentos poderosos sobre su ineptitud para asegurar el bienestar del niño, o sobre la existencia de riesgos o peligros concretos para el desarrollo de éste, de conformidad con los criterios arriba establecidos. Por otra parte, la prueba sobre la existencia de tal ineptitud o tales riesgos le corresponde no a la familia biológica, sino a quien pretende desvirtuar la presunción para efectos de sustentar la ubicación del menor en cuestión en un ambiente familiar alterno.

No obstante, debe precisar la Sala que en los casos de niños que han sido entregados físicamente a su familia adoptiva, la presunción a favor de la familia biológica deja de operar, puesto que es altamente probable que con los familiares adoptivos se establezcan vínculos de afecto y dependencia cuya alteración incidiría negativamente sobre la estabilidad del menor; en esto radica el carácter irrevocable de la adopción, una vez se ha consolidado el proceso respectivo. Ello no implica que los niños que se encuentran en estas circunstancias nunca puedan ser restituidos a su familia biológica; únicamente significa que frente a estos casos, debe evaluarse cuidadosamente si resulta más benéfico para el menor

¹¹² En la sentencia T-101 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte decidió dejar en firme la decisión que se había tomado el ICBF hacía más de un año de confiar el cuidado y protección de una menor a una familia, pese a que la madre alegaba que en el Hospital en el cual la dio a luz le había sido raptada.

¹¹³ Por ejemplo, en la sentencia T-278 de 1994 (M.P. Hernando Herrera Vergara) se ordenó, como medida de protección, la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco años, con la cual había formado sólidos lazos psico-afectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a pesar de que su madre biológica –que la había entregado voluntariamente a dicha pareja- había expresado su voluntad de reclamarla ante el ICBF. En la sentencia T-941 de 1999 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se decidió que el ICBF desconoce el derecho a estar con su familia a un menor al excluir de los candidatos para padres adoptantes a los padres sustitutos porque a si lo demanda la ley, cuando de forma irregular el ICBF permitió que la medida de protección se extendiera durante casi 3 años, propiciando la oportunidad de que se generaran fuertes vínculos afectivos.

permanecer con su familia adoptiva. En otras palabras, parte integral del análisis destinado a establecer el interés superior de un menor entregado en adopción, en los eventos en que se esté debatiendo su permanencia con su familia biológica o con otro grupo familiar, consiste en determinar los efectos que puede generar la decisión en uno u otro sentido sobre la estabilidad psicológica del niño, en atención a su nivel de madurez, y al grado de solidez e importancia de los vínculos que haya establecido con quienes le cuidan. Si se determina que la separación puede incidir negativamente sobre la estabilidad del menor, habrá de adoptarse la solución y más apta para propiciar un desarrollo continuo y estable de su personalidad. Esta regla, que ha sido aplicada en casos anteriores por la Corte Constitucional¹¹⁴ constituye una particularización del criterio analítico enunciado en el acápite (3.1.1.) de esta providencia, según el cual se deben proveer las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo integral, armónico y estable de los niños. (Sentencia T-510-03) (O.D)

6. FAMILIA ADOPTIVA

Tampoco es constitucionalmente viable, dado que *Alicia* ya había sido asignada por el ICBF a una pareja de padres adoptivos extranjeros, comparar la situación de su familia biológica extensa con la de su potencial familia adoptiva. No escapa de la atención de la Sala que no cabe duda alguna sobre la aptitud de la pareja que había sido seleccionada por el ICBF para brindar a *Alicia* un hogar estable; ello no sólo se infiere del proceso mismo de selección y calificación al cual ya han sido sometidos tanto por las autoridades de su país de origen, como por las colombianas, sino también de una circunstancia notoria: el que la decisión de convertirse en padres adoptivos es una opción motivada por el amor hacia un niño que carece de hogar. También ha demostrado interés y diligencia en el resultado del presente proceso. De allí que en principio no se cuestione la idoneidad familiar de quienes deciden postularse para recibir como padres a un niño, puesto que éste ingresará a su nueva familia como un hijo que ha sido *deseado* y activamente *buscado*, lo cual indica que recibirá, cuando menos, el amor necesario para su crecimiento armónico. A pesar de esta situación, que demuestra que el futuro que podría esperar a *Alicia* con sus padres adoptivos es deseable, no puede la Sala establecer la condición de tales padres adoptivos como parámetro de comparación para determinar la idoneidad del núcleo familiar ofrecido a *Alicia* por su madre

¹¹⁴ Así, en la sentencia T-715 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) se determinó que constituye una vulneración del interés superior del menor el separarlo abrupta e intempestivamente de un hogar con el cual ha desarrollado vínculos afectivos legítimos, así se trate de un hogar sustituto; y en la sentencia T-278 de 1994 (M.P., Hernando Herrera Vergara) se ordenó, como medida de protección, la permanencia de una menor en el hogar de una pareja que la había cuidado durante los últimos cinco años, con la cual había formado sólidos lazos psico-afectivos cuya ruptura incidiría negativamente sobre su proceso de desarrollo integral, a pesar de que su madre biológica –que la había entregado voluntariamente a dicha pareja– había expresado su voluntad de reclamarla ante el ICBF.

biológica, ya que como se explicó arriba, (a) tal familia extensa debe ser evaluada en sí misma, y (b) el simple hecho de que un niño pueda estar en mejores condiciones no justifica separarlo de su familia biológica, puesto que a menos que existan razones poderosas, ya mencionadas, que ameriten tomar una medida de protección como la adopción, la presunción a favor de tal familia biológica debe ser aplicada. No obstante, advierte la Sala de Revisión que no entra a determinar cuál debería ser la solución en el caso de que la menor ya hubiese sido entregada a los padres adoptivos y se hubiese incorporado a un nuevo núcleo familiar, por no ser el caso bajo estudio. (Sentencia T-510-03) (O.D)

Por la misma razón, debe advertirse que la presente decisión generará en esta pareja el duelo inherente a la interrupción de la relación con un hijo adoptivo que ella esperaba de buena fe y con gran ilusión, y que la responsabilidad de tal situación es, en últimas, atribuible a las graves falencias detectadas en el proceso de adopción, en particular en cuanto a la idoneidad del consentimiento recibido a *Beatriz*, y a las fallas en el procedimiento que se siguió. Y no se trata simplemente de un caso de “falta de consideración”, o de “deficiente atención” por las autoridades colombianas; como se señaló anteriormente en esta providencia, se está frente al irrespeto de una expectativa legítima creada por las mismas autoridades de bienestar familiar frente a la pareja de padres adoptivos, quienes a pesar de ser extranjeros, son titulares de los mismos derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento a cualquier persona, entre ellos el derecho al debido proceso administrativo, a la protección de la familia, a la protección de la buena fe y de la confianza legítima de los particulares en las autoridades. Lo que es más grave aún: como consecuencia de las fallas procedimentales señaladas en esta decisión, se ha generado una situación de profundo sufrimiento para quienes actuaron motivados por una consideración esencialmente humanitaria: el amor hacia un niño colombiano al cual no conocían, y la voluntad irrestricta de proveerle todo el cuidado y la protección necesarios para su desarrollo pensando en el interés superior de la menor. (Sentencia T-510-03) (O.D)

No es posible reemplazar un hijo con otro, intentarlo sería asumir una postura contraria a la dignidad humana. Por ello, la Corte no ordenará que el proceso de adopción de la menor *Alicia*, suspendido en virtud de este proceso de tutela, culmine con la entrega de otro menor (es esta una decisión legítima que sólo ellos pueden tomar; no le corresponde a la Corte Constitucional). Mucho menos, si se entiende que lo vivido hasta este momento puede requerir un período de duelo. No obstante, nada impide que esta pareja opte por adoptar otro menor en Colombia, bien sea ya o dentro de un tiempo. El respeto por sus expectativas legítimas exige que el ICBF les ofrezca esta posibilidad, pero en condiciones especiales, habida cuenta de lo que sucedió en el presente caso y de la situación en que han quedado estos padres adoptantes. Por consiguiente, en el evento de que tales padres adoptivos decidan que quieren adoptar un hijo colombiano, se ordenará al ICBF que, previo un procedimiento de consulta con dichos padres, adelantado por un comité *ad hoc* de profesionales de tal institución, se les otorgue la mayor

prioridad en la asignación de otro hijo adoptivo y se les ubique a la cabeza del orden de prelación correspondiente, para así evitar someterlos a los rigores y demoras de un nuevo trámite de adopción. Se entenderá para estos efectos que, además de los requisitos que compete determinar al comité *ad hoc* constituido en virtud de esta providencia, abajo explicados, (i) tal pareja de padres llena con creces las cualificaciones requeridas para brindar a un menor colombiano desprotegido el hogar al que constitucionalmente - y por su condición misma- tiene derecho, y (ii) se ha dado cumplimiento a todos los requisitos necesarios para la entrega física del menor correspondiente, puesto que este era el estado del proceso en el momento en que *Beatriz* inició las actuaciones tendientes a recuperar a *Alicia*. Así se atiende, en la medida de lo jurídicamente posible, la confianza legítima de esta pareja en que un proceso en el cual participaron de buena fe, y cumpliendo los requisitos de ley, culminara exitosamente desde su perspectiva. (Sentencia T-510-03) (O.D)

La manera como se asegura la estabilidad del futuro de todo niño o niña que va a ser adoptado, no es mediante la imposición severa, ciega y formal de reglas como la irrevocabilidad del consentimiento, una vez transcurrido un mes luego de haber sido otorgado. De hecho, como se indicó, ninguna norma del Código del Menor puede ser interpretada exegéticamente, por mandato expreso del mismo Código; su lectura y comprensión debe tender a la efectiva protección del menor y la salvaguarda de su *interés superior*. La forma como el ordenamiento asegura al estabilidad del menor dado en adopción, es asegurándose de que la decisión de la madre es firme y no va a ser revocada. Es dentro de este contexto que la regla de irrevocabilidad del consentimiento de dar en adopción debe ser comprendida. Sentencia T-510-03

Un efecto importante que no se ha tocado hasta el momento, es el vínculo resultante de la adopción entre sus padres adoptante y el menor, así como con la familia de los padres adoptantes.

Este tema resulta de vital importancia, ya que si la normatividad al respecto no es suficientemente clara, pueden generarse diversos conflictos conexos al parentesco, como el que se presenta a continuación referente a las consecuencias que puede traer el matrimonio entre la familia del adoptado y éste.

Es claro para la Corte que en virtud de la adopción surge, con todas sus consecuencias, una relación jurídica de parentesco entre el adoptado y quien lo adopta y los parientes consanguíneos o adoptivos de este, conforme a lo dispuesto por el artículo 100 del Código del Menor, norma que guarda estrecha relación en este aspecto con lo dispuesto por el artículo 42 de la Carta Política que establece la igualdad de derechos y deberes de los hijos adoptivos con los habidos en el matrimonio o fuera de él, o con los procreados naturalmente o con asistencia científica. (Sentencia C- 482-03) (R. T.)

EL MATRIMONIO

1. Elementos del Matrimonio
2. Normas aplicables a la institución del Matrimonio
3. La nulidad del Matrimonio Católico
 - 3.1 Actuación de las autoridades eclesiásticas y su ámbito de aplicación
4. Matrimonio entre madre adoptante e hijo adoptivo como causal de nulidad

Respecto al Matrimonio, la Corte Constitucional, en los años 2002 y 2003, desarrollo importantes e interesantes pronunciamientos en los siguientes temas:

- En cuanto a los elementos del Matrimonio, la Corte, se pronunció respecto del consentimiento, analizando su importancia y se vez, dejando ver su importancia para poder diferenciar al matrimonio de la Unión marital de hecho.
- Normas aplicables a la institución del Matrimonio
- Al referirse a las causales de nulidad del Matrimonio Católico, la Corte Constitucional, reafirmó, a través de su jurisprudencia, la independencia de las autoridades canónicas, respecto de las autoridades de la jurisdicción civil.
- Al referirse al matrimonio entre madre adoptante e hijo adoptivo como causal de nulidad, la Corte se refirió al tema, analizándolo a la luz del derecho a la igualdad.

1. ELEMENTOS DEL MATRIMONIO:

Frente Al tema del matrimonio, la Corte Constitucional, en la sentencia T-1033 de 2002, se ha referido expresamente al requisito del CONSENTIMIENTO, como elemento trascendental en este vínculo.

A su vez, la Corte revela la importancia de este elemento, en relación con la Unión Marital de hecho, pues es en este punto donde se pueden centrar algunas de las diferencias que permiten comparar estas dos figuras.

Así, este consentimiento respecto de un vínculo que es jurídico, es lo que resulta esencial al matrimonio. Por lo tanto, sin consentimiento no hay matrimonio y el principio formal del mismo es el vínculo jurídico. En este sentido el artículo 115 del Código Civil expresa que "(E)l contrato de matrimonio se constituye y perfecciona por el libre y mutuo consentimiento de los contrayentes...". El matrimonio no es pues la mera comunidad de vida que surge del pacto conyugal; Ésta es el desarrollo vital del matrimonio, pero no es lo esencial en él. La esencia del

matrimonio es la unión jurídica producida por el consentimiento de los cónyuges. (sentencia T-1033-02) (O.D.)

De lo anterior se deducen conclusiones evidentes: en primer lugar, que el matrimonio no es la mera unión de hecho, ni la cohabitación entre los cónyuges. Los casados no son simplemente dos personas que viven juntas. Son más bien personas jurídicamente vinculadas. La unión libre, en cambio, sí se produce por el solo hecho de la convivencia y en ella los compañeros nada se deben en el plano de la vida en común, y son libres en la determinación de continuar en ella o de terminarla o de guardar fidelidad a su pareja. En el matrimonio, en cambio, las obligaciones que surgen del pacto conyugal, a pesar de que pueden llegar a extinguirse por divorcio y éste a su vez puede darse por voluntad de los cónyuge Cfr. Código Civil art. 154 numerales 8° y 9° ., es menester lograr la declaración judicial del divorcio para que se produzca la disolución del vínculo jurídico a que se ha hecho referencia. (Resalta la Corte). (sentencia T-1033-02) (O.D.)

2. NORMAS APLICABLES A LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO:

La Corte Constitucional reconoce que lo referente a la regulación de todo lo relativo al tema del matrimonio, esta en manos del Derecho privado, mas concretamente el derecho civil. Lo anterior fue establecido en la sentencia C.482 de 2003.

Es a la ley civil a la que corresponde establecer las normas que regulen lo atinente a las formalidades para contraer el matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, así como lo atinente a los derechos y deberes de los cónyuges, las reglas aplicables a su separación, a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio o por otras causas. (*Sentencia C-482-03*)(O.D)

3. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CATÓLICO:

La Corte Constitucional en la sentencia T-998 de 2002, ha reafirmado la independencia de la religión católica, en todo lo referente a la regulación del matrimonio bajo las disposiciones que consagra esta religión para llevar a cabo este rito, así como también, todo lo necesario para dejarlo sin efectos.

El Estado colombiano ha reconocido la potestad de la Santa Sede para decidir sobre la nulidad de los matrimonios católicos, sin perjuicio del reconocimiento de los efectos civiles de los fallos anulatorios que se emitan en esos procesos (sentencia T- 998-02) (O.D).

Ello fue así desde las Leyes 57 y 153 de 1887, por medio de las cuales se reguló el régimen matrimonial concibiendo al matrimonio como un sacramento generador de un vínculo indisoluble. De allí que para todos los efectos civiles y políticos eran válidos los matrimonios que se celebraban conforme al rito católico y que la nulidad de los matrimonios católicos se rigiera por el Derecho Canónico y se sometiera al conocimiento de los Tribunales Eclesiásticos. La sentencia anulatoria se inscribía en el libro de registro de instrumentos públicos y generaba efectos civiles. (sentencia T- 998-02) (O.D).

A su vez, [La Corte al referirse a los efectos civiles de la sentencia de nulidad del matrimonio religioso, hace las siguientes aclaraciones:](#)

El inciso 12 del artículo 42 de la Constitución Nacional consagra que "también tendrán efectos civiles, las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley". Significa que la norma concordataria que dispone la competencia para adelantar procesos de nulidad de matrimonios católicos ante tribunales eclesiásticos y congregaciones de la sede apostólica tiene el asentimiento de la norma de normas. (sentencia T- 998-02) (O.D).

En efecto, al contemplarse que las sentencias de nulidad de cualquier iglesia o confesión religiosa tienen efectos civiles, se parte del supuesto de que se acepta que los litigios sobre nulidad de sus matrimonios sean de competencia de sus autoridades, quienes una vez concluidos los procesos y dictada la respectiva sentencia, ésta producirá los efectos civiles de que habla el texto constitucional. (Sentencia T- 998-02) (O.D).

[Sin embargo, para que la sentencia que declara la nulidad del matrimonio religioso tenga efectos civiles, requiere una formalidad particular. La Corte constitucional explica lo anterior, en la sentencia T-998 de 2002, teniendo en cuenta lo dispuesto en la ley 25 de 1992:](#)

La mencionada Ley 25 de 1992 ratifica los efectos civiles de las sentencias religiosas de nulidad cuando previene que "Las providencias de nulidad matrimonial proferidas por las autoridades de la respectiva religión, una vez ejecutoriadas, deberán comunicarse al juez de familia o promiscuo de familia del domicilio de los cónyuges, quien decretará su ejecución **en cuanto a los efectos civiles** y ordenará la inscripción en el registro civil. La nulidad del vínculo del

matrimonio religioso **surtirá efectos civiles** a partir de la firmeza de la providencia del juez competente que ordene su ejecución"(art.4). (Sentencia T-998-02) (O.D).

3.1 ACTUACIÓN DE LAS AUTORIDADES ECLESIAÍSTICAS Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN:

En la sentencia t-998 de 2002, la Corte Constitucional definió con claridad cual era el papel de las autoridades civiles respecto de las determinaciones sobre el matrimonio religioso que tomen las autoridades de la respectiva religión.

De acuerdo con el Concordato, como tratado de derecho internacional público vigente, el Estado se ha comprometido a reconocer la independencia y autonomía de las autoridades eclesiásticas y de allí que en materia de procesos de nulidad de matrimonio católico sólo le sea posible reconocer los efectos civiles generados por la sentencia definitiva que declare la nulidad. Por fuera de ese efecto, cualquier cuestionamiento del proceder de las autoridades eclesiásticas, y de los Tribunales Eclesiásticos, entre ellas, debe plantearse ante esa jurisdicción y no ante las autoridades civiles colombianas. De lo contrario, se estarían desconociendo compromisos de derecho internacional público vigentes y avalados por esta Corporación pues los principios *pacta sunt servanda* y de buena fe son reconocidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, de la cual Colombia es parte. (Sentencia T- 998-02) (R.D.).

De esta manera, la Corte dejó muy clara su posición, con base en los diferentes tratados internacionales, en lo atinente a la independencia de la jurisdicción civil y la jurisdicción eclesiástica frente al tema del matrimonio.

4. MATRIMONIO ENTRE MADRE ADOPTANTE E HIJO ADOPTIVO COMO CAUSAL DE NULIDAD DEL MATRIMONIO

Basándose en el derecho a la igualdad, fue demandado ante la Corte Constitucional el numeral 11 artículo 140 del código civil, en el cual se consagra que el matrimonio entre la mujer del adoptante y su hijo adoptado, esta viciado de nulidad.

Frente a esta demanda, la Corte en la sentencia C-482 de 2003, se pronunció de la siguiente manera:

El artículo 140 del Código Civil preceptúa que *“el matrimonio es nulo y sin efectos”*, entre otros casos, en la hipótesis prevista en su numeral 11, a saber: *“cuando se ha contraído entre el padre adoptante y la hija adoptiva, o entre el hijo*

adoptivo y la madre adoptante, o la mujer que fue esposa del adoptante”, expresión esta última cuya inexecutable se impetra declarar por la ciudadana demandante por considerarla discriminatoria con respecto a las mujeres y, en consecuencia, violatoria del derecho a la igualdad. (Sentencia C-482-03)(R.D)

Al respecto de la norma demandada mencionada en el párrafo anterior, la Corte Constitucional considera que

Si por razones de política legislativa la ley estima que una forma de protección de la familia, es la sanción de nulidad para el matrimonio celebrado en la primera de las hipótesis a que se ha hecho alusión, mediante la cual se excluye de validez el matrimonio civil celebrado entre el varón hijo adoptivo de otro y la cónyuge de este último, no se encuentra ninguna razón de orden jurídico para asignarle validez al matrimonio que celebre quien fue cónyuge de la mujer adoptante con la hija adoptiva de ésta. (Sentencia C-482-03)(R.D)

Ello, con absoluta claridad establece una desigualdad de trato para situaciones idénticas. La misma relación que existe entre el padre adoptante y el hijo adoptivo, existe entre la madre adoptante y la hija adoptiva. E igualmente son matrimonios el contraído entre el hijo adoptivo de un varón y la mujer que fue esposa del adoptante, como el celebrado entre la hija adoptiva de una mujer y el hombre que fue marido de ésta. (Sentencia C-482-03)(R.D)

Siendo ello así, podría entonces concluirse que la norma que ahora se analiza es contraria la Constitución por cuanto rompe por completo con la regla de derecho según la cual ante circunstancias iguales de hecho se impone la misma solución de derecho, que es manifestación del derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 de la Constitución Política. Desigualdad de trato que en este caso concreto no tiene ningún fundamento distinto al de establecer una notoria discriminación por razón del sexo a que pertenezcan los contrayentes del matrimonio. (Sentencia C-482-03)(R.D)

No existe entonces dificultad alguna en relación con el establecimiento de causal de nulidad del matrimonio celebrado entre el padre adoptante y la hija adoptiva o entre el hijo adoptivo y la madre adoptante, como quiera que ellos se encuentran en el mismo grado de parentesco del hijo o hija o su progenitor o progenitora ligados por el parentesco de consanguinidad en primer grado. (Sentencia C-482-03)(R.D)

CÓNYUGE

1. Obligaciones entre los cónyuges.
2. Protección del cónyuge en el evento de una enfermedad o discapacidad grave.
3. Limitantes a las obligaciones conyugales y su fundamento constitucional.

Entre los años 2002 y 2003, hay una sola sentencia que hace alusión al tema de los cónyuges y es la sentencia C-246 de 2002, en dicha sentencia, se hace referencia a las obligaciones de los cónyuges surgidas del matrimonio, y como inciden dichas obligaciones en el evento de la enfermedad grave e incurable de uno de los cónyuges que pone en peligro la salud mental o física del otro que puede imposibilitar la comunidad matrimonial; así mismo, se establece por parte de la corte constitucional limitantes a las obligaciones conyugales en el evento en que se presenta la causal de divorcio anteriormente descrita.

1. OBLIGACIONES ENTRE CONYUGES

El matrimonio (artículo 113 C.C.) como uno de los actos constitutivos de la familia (artículo 42 C.P.) genera deberes en cabeza de los cónyuges. Éstos están obligados a “guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente, en todas las circunstancias de la vida” (artículo 176 C.C., modificado por el Decreto 2820 de 1974, art. 9º) de acuerdo con el principio de reciprocidad. (Sentencia C-246-02) (R.D).

2. PROTECCION DEL CONYUGE EN EL EVENTO DE UNA ENFERMEDAD O DISCAPACIDAD GRAVE

Si uno de los cónyuges presenta una enfermedad o discapacidad grave, se encuentra constitucional y legalmente protegido, puesto que la obligación de socorro y ayuda se deduce de los derechos y deberes recíprocos de la pareja (artículo 42 C.P.), así como del principio de respeto a la dignidad humana (artículo 1 C.P.) que impide la instrumentalización del otro mediante su abandono en situaciones precarias de salud cuando ya no “sirve” a los propósitos del otro cónyuge. El carácter antiutilitario de la Constitución reflejado en la elevación de la dignidad humana principio fundante del Estado (artículo 1 C.P.), así como los deberes de la pareja fundamentan constitucionalmente el deber conyugal de socorro y ayuda. (Sentencia C-246-02) (R.D).

3. LIMITANTES A LAS OBLIGACIONES CONYUGALES Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Dichos deberes y obligaciones entre los cónyuges no son ilimitados puesto que el carácter inalienable de los derechos de la persona (artículo 5 C.P.) excluye el sacrificio de los derechos fundamentales, y así, no es posible exigir a uno de los cónyuges que permanezca casado cuando tal hecho vulnera o amenaza los derechos a la vida, a la integridad, a la igualdad o a la autonomía personal del otro. De este modo, y tal como lo refiere el contenido normativo de la disposición acusada, las obligaciones existentes entre los esposos no se extienden al punto de exigir la convivencia cuando la salud está en peligro y, además, la vida en comunidad es imposible. La obligación de socorro y ayuda que emana del matrimonio impone a los cónyuges auxiliar, acompañar y apoyar al cónyuge gravemente enfermo o discapacitado. Pero tal obligación tiene límites constitucionales: a nadie le es exigible jurídicamente sacrificios tan gravosos que pongan en peligro la existencia del propio ser, así como tampoco el exponer a riesgo la propia salud o renunciar a la decisión autónoma de optar por convivir armónicamente en una familia. (Sentencia C-246-02) (R.D).

Los límites a las obligaciones conyugales de socorro y ayuda a los que ya se ha hecho referencia, tienen un fundamento constitucional en el deber de cuidar de la salud propia (artículo 49 inciso 5 C.P.), en el derecho a la salud (artículo 49 C.P.) y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16 C.P.). Esta obligación debe ser interpretada, entonces, de conformidad con la Constitución. Además, ello supone el establecimiento de restricciones objetivas y razonables al mencionado deber de solidaridad. De ordinario, el deber consiste en la exigencia de una conducta que implica el sacrificio de algún interés del actor, o que contraría la tendencia que busca un objeto gratificante. Pero tal sacrificio está al alcance del ciudadano normal, es decir, no se requiere de condiciones humanas excepcionales para cumplir los deberes que posibilitan la convivencia. Desde una perspectiva constitucional al cónyuge no se le puede exigir una actitud heroica ni que asuma la postura del mártir. Por ello, una ponderación entre los deberes, y entre éstos y los derechos contrapuestos, es ineludible. (Sentencia C-246-02) (R.D).

LA SOCIEDAD CONYUGAL

1. Como se genera la sociedad conyugal
2. Régimen de administración de los bienes sociales
3. La sociedad conyugal en los matrimonios celebrados en el exterior.

En el año 2002, la Corte Constitucional se pronuncio respecto a la Sociedad Conyugal en dos oportunidades, en la sentencia C-395 y en la C-379.

En las sentencias mencionadas la corte solucionó problemas, y de esta manera, trazó una jurisprudencia definida respecto de los siguientes temas:

1. Como se genera la sociedad conyugal
2. Régimen de administración de los bienes sociales
3. La sociedad conyugal en los matrimonios celebrados en el exterior.

A continuación nos permitimos desarrollar los temas mencionados en los términos como fueron definidos y profundizados por la Corte Constitucional.

1. COMO SE GENERA LA SOCIEDAD CONYUGAL:

La celebración del matrimonio genera en forma imperativa la sociedad conyugal entre los contrayentes; dicha sociedad está constituida por los bienes muebles que los cónyuges aportan o que adquieran a título oneroso o gratuito y por los inmuebles que adquieran a título oneroso. En la misma cada uno de aquellos tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que adquiera por cualquier causa. (sentencia C-395-02) (O.B).

2. REGIMEN DE ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SOCIALES:

Anteriormente, existía un régimen muy diferente al que hoy existe para la administración de los bienes sociales, El tema de la administración de los bienes sociales, ha sido manejado por diferentes regímenes, los cuales han obedecido a los distintos momentos en la historia.

En un principio, el régimen de la administración, se encontraba íntimamente ligado a la calidad de incapaz que tenía la mujer para la ley.

“la intención de dicho precepto fue la de conferir a un tercero la potestad de administrar la sociedad conyugal, a nombre del marido, dentro del llamado régimen de comunidad de bienes vigente hasta el año de 1933. Este régimen ha quedado derogado, como quedaron derogadas las normas relativas a la potestad marital que se fundamentaba en la incapacidad civil de la mujer casada. El

sistema legal que justificaba la inserción de la norma en el régimen jurídico ha desaparecido, por lo que aquella también ha perdido su razón de ser. Acomodar la interpretación de la norma para que, en lugar de lo que dice, diga lo que no dice, es torcer en extremo el sentido gramatical y finalista de la disposición e implicaría una deformación del papel de la Corte como guardiana de los preceptos de la Carta Fundamental. (sentencia C – 379-02) (O.B.)

Sin embargo, se ha evidenciado el problema que se deriva cuando se habla de la administración de bienes cuando la mujer dentro del matrimonio es incapaz por su edad.

Ante esta problemática, la Corte menciona en la sentencia C.379 de 2002, un régimen de CURADURÍA, que se aplicaría en este caso concreto,

Con todo, la curaduría a que se refiere el nuevo régimen se entiende como curaduría de bienes ajenos, no vinculada en absoluto a algún tipo de potestad derivada del matrimonio, sino únicamente a la minoría de edad, y se desarrolla con fundamento en las reglas generales sobre curaduría, que son independientes de la regulación patrimonial o del régimen económico de la sociedad conyugal.(Sentencia C – 379-02) (O.B.)

3. LA SOCIEDAD CONYUGAL EN MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTERIOR:

La ley ha regulado todo lo referente al tema del nacimiento o no de la sociedad conyugal en los matrimonios celebrados en el exterior pero posteriormente domiciliados en Colombia, por un lado,

El texto originario del Art. 180, inciso 2º, del Código Civil, expedido en 1873, bajo el régimen político federal de los Estados Unidos de Colombia, establecía:

“Los que se hayan casado fuera de un territorio, y pasaren a domiciliarse en él, se mirarán como separados de bienes, siempre que en conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron, no haya habido entre ellos sociedad de bienes”. (Sentencia C-395-02) (O.B.)

Posteriormente, el artículo 180 inciso 2 del código civil ya mencionado, fue reformada.

El texto contenido en el Art. 13 del Decreto ley 2820 de 1974, que modificó al anterior, establece:

“Los que se hayan casado en país extranjero y se domiciliaren en Colombia, se presumirán separados de bienes, a menos que de conformidad a las leyes bajo cuyo imperio se casaron se hallen sometidos a un régimen patrimonial diferente”. (Sentencia C-395-02) (R.D.)

Se observa que con la modificación introducida se adaptó el texto al régimen político unitario adoptado en 1886 y se amplió el campo para desvirtuar la presunción, en el sentido de admitir la prueba de cualquier régimen de bienes, y no sólo la del régimen de sociedad conyugal. (Sentencia C-395-02) (R.D.)

Respecto de la nueva norma, la Corte Constitucional, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad presentada del artículo 13 del decreto ley 2820 de 1974, ha establecido en la sentencia C-395 de 2002, la forma como debe entenderse y aplicarse dicha disposición.

Evidentemente esta disposición trata de las consecuencias patrimoniales de la celebración del matrimonio en el exterior, es decir, de las consecuencias patrimoniales de la adquisición del estado civil de casado en el exterior, que han de producirse en Colombia. Desde otro punto de vista, la misma se refiere a las obligaciones y derechos patrimoniales que nacen de las relaciones de familia, respecto del cónyuge, en el caso del matrimonio contraído en el exterior que ha de tener efectos en Colombia. (Sentencia C-395-02) (R.D.)

Por consiguiente, es necesario hacer una distinción: si es un matrimonio entre nacionales colombianos o entre un nacional colombiano y un extranjero, como regla general debe aplicarse la ley civil colombiana, específicamente las normas sobre sociedad conyugal; por el contrario, si es un matrimonio entre extranjeros, por excepción no es aplicable la ley civil colombiana y se presume legalmente que rige la separación de bienes, lo cual pueden desvirtuar los contrayentes mediante la aportación de la prueba sobre sometimiento a otro régimen, conforme a las leyes del país de la celebración del mismo. (Sentencia C-395-02) (R.D.)

El Art.180,inciso 2 , del Código Civil colombiano, modificado por el Art. 13 del Decreto ley 2820 de 1974: Por una parte, consagra mediante una presunción legal el régimen de separación de bienes para los matrimonios de extranjeros celebrados en el exterior cuando éstos últimos se domicilian después en

Colombia, en lugar del régimen de sociedad conyugal que es aplicable a los matrimonios de nacionales colombianos independientemente del sitio de su celebración. (Sentencia C-395-02) (R.D.)

La disposición demandada([el artículo 13 del decreto ley 2820 de 1974](#)) no establece distinción entre nacionales colombianos, sometidos todos al régimen de sociedad conyugal, sino entre ellos y los extranjeros, por quedar éstos sometidos al régimen de separación de bienes, con la posibilidad de aplicación de otro en su lugar, si se aporta la prueba respectiva. En consecuencia, no se vulnera el principio de igualdad entre los nacionales colombianos, ni la protección integral de la familia o el derecho de propiedad de los mismos. Por esa misma razón el supuesto de que parte la demandante es equivocado. (Sentencia C-395-02) (R.D)

Por otra parte el Art. 180, inciso 2, del Código civil colombiano, modificado por el Art.13 del decreto ley 2820 de 1974:, contempla que dicha presunción se puede desvirtuar mediante la prueba de cualquiera otro régimen vigente en el país de la celebración del matrimonio, aplicando así un criterio territorial, en lugar del personal aplicado a los matrimonios de nacionales colombianos, esto es, aplicando concretamente el principio *lex loci contractus*, en virtud del cual los actos y contratos deben regirse en su integridad por la ley de su creación, en armonía con la configuración del matrimonio como un contrato en el Código Civil colombiano (Arts. 113 y ss.) y eliminando los inconvenientes que pueden presentarse por la pluralidad de lugares de ejecución, como en este caso. (Sentencia C-395-02) (R.D)

SEPARACIÓN DE CUERPOS

1. Diferencias entre separación de bienes y separación de cuerpos

La Corte Constitucional solo tiene un pronunciamiento al respecto en el 2003 y reitera que es diferente hablar de separación de bienes y de separación de cuerpos.

1. DIFERENCIAS ENTRE SEPARACIÓN DE BIENES Y SEPARACIÓN DE CUERPOS

La Corte Constitucional reitera en el 2003 que es diferente hablar de separación de bienes y de separación de cuerpos, definiendo cada una de ellas así:

De otra parte cabe advertir, que no puede confundirse, equipararse o igualarse los efectos jurídicos entre la separación de bienes entendida esta como: *“la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición legal”*, con el fin de liquidar y disolver la sociedad conyugal y la separación de cuerpos, mediante la cual *“se suspende la vida común de los casados.”* (Sentencia T-336-03) (O.D)

SEPARACION DE BIENES

1. Diferencias con Separación de Cuerpos
2. Régimen de Separación de Bienes

En éste texto lo que se desarrollará será el régimen aplicable a las personas extranjeras que realizaron su matrimonio en un país diferente al nuestro, y que se encuentran domiciliadas en Colombia y desean realizar una separación de bienes.

Antes de entrar en el tema que se tratará, es necesario tener claro que se entiende por Separación de Bienes y en que se diferencia con la Separación de Cuerpos.

1. DIFERENCIAS CON SEPARACION DE CUERPOS

De otra parte cabe advertir, que no puede confundirse, equipararse o igualarse los efectos jurídicos entre la separación de bienes entendida esta como: *“la que se efectúa sin divorcio, en virtud de decreto judicial o por disposición legal”*, con el fin de liquidar y disolver la sociedad conyugal y la separación de cuerpos, mediante la cual *“se suspende la vida común de los casados.”* (Sentencia T-336-03) (O.D)

2. REGIMEN DE SEPARACION DE BIENES

El Art.180,inciso 2 , del Código Civil colombiano, modificado por el Art. 13 del Decreto ley 2820 de 1974:

- d)** Por una parte, consagra mediante una presunción legal el régimen de separación de bienes para los matrimonios de extranjeros celebrados en el exterior cuando éstos últimos se domicilian después en Colombia, en lugar del régimen de sociedad conyugal que es aplicable a los matrimonios de nacionales colombianos independientemente del sitio de su celebración. (Sentencia C-395-02) (R. D.).

Por otra parte el Art. 180, inciso 2, del Código civil colombiano, modificado por el Art.13 del decreto ley 2820 de 1974:, contempla que dicha presunción se puede desvirtuar mediante la prueba de cualquiera otro régimen vigente en el país de la celebración del matrimonio, aplicando así un criterio territorial, en lugar del personal aplicado a los matrimonios de nacionales colombianos, esto es, aplicando concretamente el principio *lex loci contractus*, en virtud del cual los actos y contratos deben regirse en su integridad por la ley de su creación, en armonía con la configuración del matrimonio como un contrato en el Código Civil colombiano (Arts. 113 y ss.) y eliminando los inconvenientes que pueden presentarse por la pluralidad de lugares de ejecución, como en este caso. (Sentencia C-395-02) (R. D.).

La disposición demandada no establece distinción entre nacionales colombianos, sometidos todos al régimen de sociedad conyugal, sino entre ellos y los extranjeros, por quedar éstos sometidos al régimen de separación de bienes, con la posibilidad de aplicación de otro en su lugar, si se aporta la prueba respectiva. En consecuencia, no se vulnera el principio de igualdad entre los nacionales colombianos, ni la protección integral de la familia o el derecho de propiedad de los mismos. Por esa misma razón el supuesto de que parte la demandante es equivocado. (Sentencia C-395-02) (R. D.).

DIVORCIO

1. Disolución del vínculo matrimonial.
2. Obligaciones entre los cónyuges y el deber de solidaridad en sus relaciones.
3. Enfermedad grave e incurable de uno de los cónyuges como causal de divorcio.

Sobre el tema del divorcio, entre los años 2002 y 2003 hay una sola sentencia que hace referencia al tema y es la sentencia C- 246 de 2002, en dicha sentencia se hace alusión al rompimiento del vínculo conyugal originado por la ocurrencia, de la causal sexta del artículo 154 del Código Civil(modificado por la ley primera de 1976, Art. 4° y por la ley 25 de 1992, Art. 6°),la cual hace referencia a la enfermedad grave e incurable de uno de los cónyuges. En la mencionada sentencia se establecen cuales son los requisitos para que proceda la causal, el alcance de la misma, y en los eventos en los cuales la misma es constitutiva del divorcio.

1. DISOLUCION DEL VÍNCULO MATRIMONIAL

El legislador, en ejercicio de la atribución constitucional de regular la separación de los cónyuges y la disolución del vínculo matrimonial (artículo 42 inciso 9, C.P.) permite el divorcio, estableciendo una serie de causales taxativas de las que hace parte la disposición acusada. El efecto de la declaratoria judicial de la existencia de alguna de esas causales es la disolución del matrimonio y la cesación de sus efectos civiles. (Sentencia C-246- 02) (R.D).

2. OBLIGACIONES ENTRE LOS CONYUGES Y EL DEBER DE SOLIDARIDAD EN SUS RELACIONES.

En esta oportunidad, los actores acusan la disposición legal que consagra como causal de divorcio la enfermedad o anormalidad grave e incurable, física o mental, que padece uno de los esposos que ponga en peligro la salud mental o física del otro e imposibilite la comunidad matrimonial –en adelante la Corte reemplaza el término “anormalidad” por el de “discapacidad” por el carácter peyorativo del primero–. Podría pensarse que esta causal de divorcio es contraria al deber constitucional de solidaridad, lo que supondría la existencia de un deber de permanecer, pese a todo, casado. Este no es, sin embargo, el alcance del deber contenido en el artículo 95 de la Constitución cuando exige, no mantener una relación jurídica o un vínculo matrimonial, sino realizar acciones, v.g., responder “con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. En efecto, la función del deber de solidaridad que se expresa en las relaciones conyugales, cuando se señala que una de las finalidades del matrimonio está constituida por el auxilio mutuo que se deben el

hombre y la mujer que libremente deciden casarse (artículos 113 y 176 C.C.) no supone que, ante la existencia de circunstancias que configuran alguna de las causales de divorcio definidas por la ley, los cónyuges deban permanecer casados. El ámbito en el que se pueden materializar las acciones humanitarias con las que uno de los cónyuges responde ante situaciones que ponen en peligro la vida digna del otro, no depende de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, pues aunque el hecho del divorcio pone fin al vínculo existente entre los esposos no extingue por completo las obligaciones definidas en la ley. El propio legislador decidió que después del divorcio este deber legal que concreta uno de los fines del matrimonio continua si bien reducido eventualmente a una dimensión económica (artículo 160 C.C.) puesto que el cónyuge culpable debe, cuando se dan las condiciones señaladas por el legislador, pagar alimentos al cónyuge inocente dentro de la visión del derecho civil en el cual se denota una concepción del divorcio como sanción, cuando éste no es mutuamente acordado (artículo 411, numeral 4, C.C.). (Sentencia C-346-02) (R.D).

Por lo tanto, cuando se rompe el vínculo conyugal las aludidas obligaciones de socorro y ayuda se *reducen* en la medida en que las prestaciones de orden personal no siguen siendo exigibles y también se *transforman*, pues algunas obligaciones económicas pueden subsistir en condiciones específicas. (Sentencia C-346-02) (R.D).

3. ENFERMEDAD GRAVE E INCURABLE DE UNO DE LOS CONYUGES COMO CAUSAL DE DIVORCIO.

Mediante el artículo 6 de la Ley 25 de 1992 el legislador armoniza entre los deberes conyugales y los derechos de los cónyuges ante una situación extrema que reúne tres condiciones: 1) la enfermedad o discapacidad grave e incurable de uno de los cónyuges; 2) la consecuente amenaza a la salud del otro; y, 3) la imposibilidad de la comunidad matrimonial. Sólo la concurrencia de estas tres condiciones justifica la disolución del vínculo matrimonial. (Sentencia C-346/02) (R. D.).

Por lo anterior, Las condiciones en que puede ser invocada la causal 6ª del artículo 154 del Código Civil (modificado por la Ley 1ª de 1976, art. 4º y por la Ley 25 de 1992, art. 6º) aquí demandada, no desprotegen a la familia ni vulneran los derechos del cónyuge enfermo o discapacitado, por las siguientes razones:

La causal 6ª de divorcio no alude a cualquier enfermedad o discapacidad. No basta para pretender la disolución del vínculo matrimonial con que uno de los cónyuges esté enfermo o se vea afectado por una discapacidad. De hecho, la obligación conyugal de socorro y ayuda es exigible especialmente en situaciones como éstas que afectan a uno de los miembros de la pareja. Es en circunstancias de debilidad o necesidad donde adquiere mayor trascendencia la obligación del

cónyuge sano de prestar socorro y auxilio al otro. Tampoco basta que la enfermedad o discapacidad sea grave. El legislador ha estimado que el deber conyugal de cuidado y ayuda es exigible incluso en caso de que la enfermedad o discapacidad sea severa. Esto supone que así la carga impuesta al cónyuge sano sea pesada en atención a la gravedad de la enfermedad y los efectos de ésta sobre la vida en común, la significación de la obligación de socorro y ayuda en estas circunstancias es aún mayor, lo que explica que el legislador haya optado por una exigente regulación legal en materia de divorcio para estas hipótesis. (Sentencia C-246-02) (R.D).

Ahora la Corte Constitucional, pasa a establecer cuales son los requisitos para que la causal de divorcio que se demanda por el actor constituya disolución del vínculo matrimonial y al respecto dice lo siguiente: Para que se configure la primera condición contemplada por el legislador para admitir el divorcio se requiere que además de la gravedad de la enfermedad o discapacidad, ella sea incurable. Se requiere la existencia de una afección que tiene vocación de permanencia e irremediabilidad, circunstancia que, en todo caso, deberá ser concurrente con los otros dos requerimientos establecidos por la disposición demandada. (Sentencia C-246-02) (R.D).

No basta, entonces, constatar la situación de salud de uno de los cónyuges. La enfermedad o discapacidad del cónyuge, en atención a su gravedad y pese a su carácter de incurable, no exoneran al cónyuge de sus deberes conyugales. Se requiere, además, que esta situación incida en el otro cónyuge, esto es, que ponga en peligro su salud. De esta forma, la causal de divorcio presupone unas circunstancias extremas donde se verifica la afectación del derecho a la salud del cónyuge que invoca la causal y donde cobra relevancia el deber que éste tiene de cuidado de su propia salud. (Sentencia C-246-2002) (R.D).

Hay un tercer requisito. Se requiere, finalmente, que la situación afecte severamente el proyecto de vida familiar a tal punto que la comunidad de vida se torne imposible. El legislador ha optado, de esta manera, por proteger la autonomía de la persona quien, deseando mantener la comunidad matrimonial, se enfrenta ante la imposibilidad fáctica de hacerlo, ya que la enfermedad o discapacidad grave e incurable además de amenazar su salud impide la vida en comunidad matrimonial. Llegado a este punto, el legislador considera razonable no exigir a la persona del cónyuge permanecer casada. (Sentencia C-246-02) (R.D).

LA UNIÓN MARITAL DE HECHO

1. Definición de la Unión Marital de hecho.
2. Evolución de la Unión Marital de hecho.
3. Requisitos para la existencia de la Unión Marital de hecho.
4. El estado Civil en la Unión marital de hecho.
5. Diferencias entre unión marital de Hecho y Matrimonio

La Corte Constitucional, en el año 2002, se pronunció respecto a la Unión marital de hecho, en las sentencias T-1033 de 2002 y T-167 de 2002, analizando principalmente los siguientes temas:

- ❖ Definición de la Unión Marital de hecho.
- ❖ Evolución de la Unión Marital de hecho.
- ❖ Requisitos para la existencia de la Unión Marital de hecho.
- ❖ El estado Civil en la Unión marital de hecho.
- ❖ Diferencias entre unión marital de Hecho y Matrimonio

A través de su jurisprudencia, la Corte Constitucional, ha logrado resolver algunos interrogantes que han surgido a partir de la ley 54 de 1990, y así definir y trazar una interpretación definida del tema.

De esta manera se confirma la importancia que esta figura representa, no solo para la sociedad, en la cual, la Unión Marital de hecho es una comunidad de vida en la cual puede surgir una familia, sino también, en el campo del derecho, en donde cada vez más se reconoce la importancia de regular y reconocer esta figura.

1. DEFINICIÓN DE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO:

2.1 La Ley 54 de 1990 se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes. (sentencia T – 1033-02) (O.D.)

En el artículo primero se define, en los siguientes términos la unión marital de hecho: "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los

efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. Según lo reconoció esta Corte (sentencia C-239 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía), la expresión "unión marital de hecho", sustituye a las más antiguas de "concubinato" y "amancebamiento", portadoras de una connotación inocultablemente peyorativa.

El artículo segundo formula una presunción, simplemente legal, sobre la existencia de "sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes", si ésta ha existido por un lapso no inferior a dos años. Se precisa que si obra un impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, la sociedad o sociedades conyugales anteriores han debido ser disueltas o liquidadas por lo menos un año antes de la fecha de iniciación de la unión marital de hecho, a fin de que la presunción pueda efectivamente operar. El propósito de esta norma es "evitar la coexistencia de dos sociedades de ganancias a título universal, nacida una del matrimonio y la otra de la unión marital de hecho" (Sentencia C-239 de 1994). (sentencia T – 1033-02) (O.D.).

2. EVOLUCIÓN DE LA UNION MARITAL DE HECHO:

La Jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la importancia y el valor de los aportes hechos por la ley 54 de 1990, en lo referente a la Unión marital de Hecho, en la medida en que ha dotado a esta figura de valiosos instrumentos que permiten facilitar la prueba de su existencia, y de esta manera, tener un reconocimiento, no solo en el ámbito social, sino también en la esfera jurídica.

En este punto, la Ley 54 de 1990, sin equiparar a los miembros de las uniones libres y a los cónyuges vinculados por matrimonio, avanza en el sentido de reconocer jurídicamente su existencia y regular sus derechos y deberes patrimoniales. Si bien la jurisprudencia con base, primero, en la teoría del enriquecimiento sin causa y, más tarde, en la de la sociedad de hecho, había ofrecido su apoyo a la parte débil de la pareja que con su actividad y esfuerzo participaba en la creación de un patrimonio común, las dificultades probatorias y la complejidad de los procedimientos para su reconocimiento, limitaban notoriamente la eficacia de los instrumentos con que podía contar para su defensa. Precisamente, las disposiciones sustantivas y procedimentales de la ley se orientan a suplir esta falencia. Las presunciones legales sobre la existencia de la unión marital de hecho, la configuración de la sociedad patrimonial entre los miembros de la pareja, la libertad probatoria para acreditar la unión, comportan mecanismos y vías diseñadas por el legislador con el objeto de reconocer la

legitimidad de este tipo de relaciones y buscar que en su interior reine la equidad y la justicia. (Resalta la Corte). (sentencia T – 1033-02) (O.D.)

3. REQUISITOS PARA QUE EXISTA LA UNIÓN MARITAL DE HECHO:

Para que exista unión marital de hecho se requiere que concurren los siguientes requisitos:

- i. Unión marital de un hombre y una mujer;
- ii. Que los citados hombre y mujer no se encuentren casados;
- iii. Que hagan una comunidad de vida permanente y singular.
(Sentencia T-167-02) (O.D)

4. EL ESTADO CIVIL EN LA UNIÓN MARITAL DE HECHO:

Frente al interrogante que se presenta respecto de la posibilidad de que la Unión marital de hecho, configure en las personas un estado civil particular, la Corte Constitucional en la sentencia T-167 de 2002, se refiere expresamente al tema, remitiéndose a expuesto por la Corte Suprema de Justicia en el mes de noviembre del año 2001.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la unión marital de hecho no es asimilable al estado civil. (Sentencia T-167-02)(R.D)

En fallo del 28 de noviembre de 2001, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analizó extensamente dicho tema y expresó lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico colombiano no se ha establecido constitucional ni legalmente, el estado civil de compañero permanente derivado de la unión marital de hecho. En efecto, no se puede deducir semejante consagración de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Política, por el hecho de que en él se diga que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o **por la voluntad responsable de conformarla**, aspecto éste, aquí subrayado, que corresponde a un mero enunciado, huérfano aún de reglamentación legal. (Sentencia T-167-02)(R.D)

De allí que para darle en la materia de que aquí se trata el alcance a tal precepto se requerirá, de conformidad con lo dispuesto en su último inciso, que sea la ley la

que determine lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes, la cual en verdad con ese carácter no se ha expedido respecto de la situación de la familia constituida por la nueva voluntad de conformarla o dimanante de la unión marital de hecho establecida en ley anterior” (Sentencia T-167-02)(R.D)

Mas adelante dice la referida sentencia de la Corte Suprema, del 28 de noviembre de 2001, Sala Civil:

“6. En conclusión: si bien la unión marital de hecho y la constitución de la familia por vínculos naturales, a voluntad de la pareja, puede llegar a constituir un estado civil, lo cierto es que todavía no se ha expedido la ley que haga tal asignación ni hay norma que permita asimilarlo como tal..... (Sentencia T-167-02)(R.D)

Por consiguiente, por ahora no resulta admisible sostener que con la demanda destinada a que se declare la existencia de una sociedad patrimonial presunta entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación, se ejerce una acción de estado civil.....” (Sentencia T-167-02)(R.D)

5. DIFERENCIAS ENTRE LA UNIÓN MARITAL DE HECHO Y EL MATRIMONIO:

A partir de las normas constitucionales referentes al tema de la familia la Corte ha realizado diversos análisis sobre la institución del matrimonio y la unión marital de hecho. Dentro de estos pronunciamientos, en esta oportunidad, es pertinente reseñar dos de ellos: en primer lugar la Sentencia C-533/0M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. en la cual su argumentación buscó dar respuesta al siguiente interrogante: ¿Cuál es la diferencia esencial entre el matrimonio y la unión marital de hecho, si las dos dan origen a una familia, si ambas suponen la cohabitación entre el hombre y la mujer, e incluso, si las dos dan origen hoy en día a la conformación de un régimen de bienes comunes entre la pareja? (Sentencia T – 1033-02)(O.D.).

Las diferencias son muchas, pero una de ellas es esencial y la constituye el consentimiento que dan los cónyuges en el matrimonio al hecho de que la unión que entre ellos surge sea una unión jurídica, es decir una unión que en lo sucesivo tenga el carácter de deuda recíproca. La unión que emana del consentimiento otorgado por ambos cónyuges, hace nacer entre ellos una serie de obligaciones que no es del caso analizar ahora detalladamente, las cuales son exigibles por cada uno de ellos respecto del otro, y que no terminan sino por la disolución del matrimonio por divorcio o muerte o por su declaración de nulidad. Entre ellas, las

más relevantes son las que se refieren a la comunidad de vida y a la fidelidad mutua. Algunas de las obligaciones derivadas de este vínculo jurídico comprometen a los cónyuges incluso después del divorcio, como las que conciernen a la obligación alimentaria a favor del cónyuge inocente Cfr. Código Civil artículo 411 numeral 4°. (Sentencia T – 1033-02)(O.D.).

Sin embargo, esta regla jurisprudencial no debe entenderse, como la existencia de una equiparación o equivalencia entre el matrimonio y la unión marital de hecho, puesto que como lo ha explicado la Corte en varias ocasiones la Corte Constitucional. Sentencias C-239/94 M.P. Jorge Arango Mejía, C-114/96 M.P. Jorge Arango Mejía y C-533/00 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. *"sostener que entre los compañeros permanentes existe una relación idéntica a la que une a los esposos, es afirmación que no resiste el menor análisis, pues equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado, y que, al mismo tiempo, pueda éste imponerle reglamentaciones que irían en contra de su rasgo esencial, que no es otro que el de ser una unión libre."* (Sentencia T – 1033-02)(R.D.).

Del análisis de los anteriores pronunciamientos puede afirmarse que la jurisprudencia constitucional ha diferenciado la institución del matrimonio de la unión marital de hecho, sin equiparar los efectos de una y otra. No obstante, a partir del reconocimiento de esa diferencia ha amparado el derecho a la igualdad de las personas que en uno u otro caso, conforme lo permite la Constitución, han constituido una familia. (Sentencia T – 1033-02)(R.D)

COMPAÑERO PERMANENTE

1. Concepto
2. Paralelo con la condición de Cónyuge
3. Condición jurídica del Compañero Permanente

A lo largo de éste documento se expondrá la jurisprudencia de la Corte Constitucional, referente a los compañeros permanentes y todos aquellos temas que resultan de vital importancia y relación.

Para empezar es necesario entender en que consiste la figura del compañero permanente y cuál es su origen.

1. CONCEPTO

Sobre la institución de la Unión Marital de Hecho a partir del análisis de la Ley 54 de 1990, esta Corporación en la Sentencia C-098/96 señaló:

2.1 La Ley 54 de 1990 se ocupa de definir las uniones maritales de hecho y establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes.

En el artículo primero se define, en los siguientes términos, la unión marital de hecho: "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. Según lo reconoció esta Corte (sentencia C-239 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía), la expresión "unión marital de hecho", sustituye a las más antiguas de "concubinato" y "amancebamiento", portadoras de una connotación inocultablemente peyorativa. (Sentencia C-1033-02) (O. D.).

Una vez teniendo claro a que nos referimos cuando hablamos de compañero permanente, es necesario resaltar las diferencias entre éstos y los cónyuges, y por ésta razón aclarar en que posición jurídica se encuentran frente a los cónyuges.

2. PARALELO CON LA CONDICION DE CONYUGUE

El legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él. (Sentencia C-1033-02) (R. D.).

Sobre este particular la Corte Constitucional ha sostenido que:

El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contractual. (Sentencia C-1033-02) (R. D.).

Relacionando los principios anteriores con casos concretos, se encuentran los siguientes casos relacionados con la obligación alimentaria y el derecho a pensión.

De este modo, una interpretación conforme a la Constitución del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil obliga concluir que si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los compañeros permanentes frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar, más aun teniendo en cuenta la expresa prohibición que hace el artículo 13 Superior. (Sentencia C-1033-02) (R. D.).

Una interpretación en sentido contrario permitiría presumir que las personas que constituyen una unión marital de hecho pretenden evadir responsabilidades, contraviniendo con ello el principio de que a todas las personas que forman una familia se les exige un comportamiento responsable, sin importar la forma que ella asuma, el cual puede ser exigido incluso judicialmente. (Sentencia C-1033-02) (R. D.).

Sin embargo, debe precisarse que los compañeros permanentes sólo podrán exigir el derecho alimentario, hasta que esté demostrada su condición de integrantes de la unión marital de hecho, puesto que debe existir certeza que quien dice ser compañero permanente lo sea en realidad. (Sentencia C-1033-02) (R. D.).

b) En cuanto a los derechos de la cónyuge o compañera permanente, se declarará exequible el inciso segundo del mismo artículo 5, que dice: “En segundo orden, previa justificación de haber excluido a los ascendientes o padres adoptivos de primer orden, se otorgará el beneficio a la persona que el causante haya designado en el momento de la incorporación al servicio militar obligatorio, de conformidad con el Régimen General de Pensiones de la Ley 100 de 1993”, bajo el entendido de que no podrá excluirse a la cónyuge o compañera permanente que tendrá derecho a la pensión en los términos de la Ley 100 de 1993.” (Sentencia T-1098-02) (R. D.)

Un último punto por mencionar y que se ha convertido en un gran interrogante, y es el de cuál es la situación jurídica de las personas que deciden optar por esta forma de unión, es decir si son ello les otorgan el estado civil de compañero permanente; a continuación la Corte muy brevemente resuelve la inquietud al respecto.

3. CONDICION JURIDICA DEL COMPAÑERO PERMANENTE

En fallo del 28 de noviembre de 2001, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia analizó extensamente dicho tema y expresó lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico colombiano no se ha establecido constitucional ni legalmente, el estado civil de compañero permanente derivado de la unión marital de hecho. En efecto, no se puede deducir semejante consagración de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Política, por el hecho de que en él se diga que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o **por la voluntad responsable de conformarla**, aspecto éste, aquí subrayado, que corresponde a un mero enunciado, huérfano aún de reglamentación legal. (Sentencia T-167-02.) (R. D.).

SOCIEDAD PATRIMONIAL

1. Definición Unión Marital de Hecho
2. Presunción de Sociedad Patrimonial
3. Conformación de la Sociedad Patrimonial
4. Disolución y Liquidación de la Sociedad Patrimonial

El siguiente texto pretende mostrar el pensamiento que ha venido desarrollando la Corte en los últimos años con respecto a la Sociedad Patrimonial, de una manera pedagógica que puede resultar de gran ayuda para los estudiantes.

1. DEFINICION UNION MARITAL DE HECHO

La ley 54 de 1990 estableció una presunción legal especial de sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. (Sentencia T-167-02).(O. D.).

En el artículo primero se define, en los siguientes términos, la unión marital de hecho: "la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denomina compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. Según lo reconoció esta Corte (sentencia C-239 de 1994. M.P. Jorge Arango Mejía), la expresión "unión marital de hecho", sustituye a las más antiguas de "concubinato" y "amancebamiento", portadoras de una connotación inocultablemente peyorativa.

El artículo segundo formula una presunción, simplemente legal, sobre la existencia de "sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes", si ésta ha existido por un lapso no inferior a dos años. Se precisa que si obra un impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, la sociedad o sociedades conyugales anteriores han debido ser disueltas o liquidadas por lo menos un año antes de la fecha de iniciación de la unión marital de hecho, a fin de que la presunción pueda efectivamente operar. El propósito de esta norma es "evitar la coexistencia de dos sociedades de ganancias a título universal, nacida una del matrimonio y la otra de la unión marital de hecho" (Sentencia C-239 de 1994). (Sentencia T-1033-02) (O. D.)

2. PRESUNCION DE SOCIEDAD PATRIMONIAL

Dice así el artículo 2º.:

“Art. 2º.- Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:

- a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio, y
- b) Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o ambos compañeros permanentes, siempre y cuando la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho” (Sentencia T-167-02) (O. D.)
- c) La Corte Constitucional, en la sentencia C-239/94, dijo que “Es claro que la ley presume, entre los compañeros permanentes, cuando se dan los supuestos de hecho previstos, la existencia de una sociedad de ganancias, a título universal, semejante ala sociedad conyugal”. Pero aclaró que no se puede sostener que entre los compañeros permanentes exista una relación idéntica a la que une a los cónyuges puesto que esto “equivale a pretender que pueda celebrarse un verdadero matrimonio a espaldas del Estado”. (Sentencia T-167-02) (O. D.)

3. CONFORMACION DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL

El artículo tercero determina los activos que ingresan a la sociedad patrimonial y los que no se incorporan a su haber. Los primeros están constituidos por el patrimonio o capital producto del trabajo, ayuda y socorro mutuo y los originados en los réditos o mayor valor de los bienes propios, los cuales "pertenecen por partes iguales a ambos compañeros permanentes". Los segundos, que no alimentan el acervo social, son los adquiridos en virtud de donación, herencia o legado, y los que hubieren sido adquiridos con anterioridad a la unión marital de hecho. Así como el código civil contempla la constitución de la sociedad conyugal, por el mero hecho del matrimonio (art. 1774), la que tiene el carácter de sociedad de ganancias a título universal, la Ley 54 de 1990, a su turno, contempla la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, si se reúnen los elementos que configuran el supuesto material de la unión material de hecho. (Sentencia T - 1033-02) (O.D.)

Teniendo claro en que es, en que momento surge y por que está compuesta la sociedad patrimonial, es necesario indicar a continuación porque razones se termina y cuál es el procedimiento a seguir.

4. DISOLUCION Y LIQUIDACION DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL

Conforme a lo previsto en el artículo 5º de la ley 34, la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes se disuelve: i. Por la muerte de uno o de ambos compañeros; ii. Por el matrimonio de uno o de ambos compañeros con personas distintas de quienes forman parte de la sociedad patrimonial; iii. Por mutuo consentimiento de los compañeros permanentes elevado a escritura pública, iv. Por sentencia judicial. (Sentencia T-167-02)(O. D.).

Cuando la causa de la disolución y liquidación sea la muerte de uno o de ambos compañeros permanentes, la liquidación podrá hacerse dentro del respectivo proceso de sucesión, siempre que exista la prueba de la unión marital de hecho en la forma exigida por el artículo 2º de la ley 54 de 1990, es decir, habrá que acompañar copia de la providencia judicial que haya declarado la existencia de la respectiva sociedad patrimonial.(Sentencia T-167-02) (O. D.)

Los procesos de disolución y liquidación de la sociedad patrimonial se tramitarán por el procedimiento establecido en el Título XXX del C. De P.C., son del conocimiento de los jueces de familia y en segunda instancia de las salas de familia de los tribunales superiores de distrito judicial. Esa providencia judicial debe ser el resultado de un proceso ordinario, en el cual la prueba es libre y se demuestra por cualquiera de los medios probatorios consagrados en el Código de Procedimiento Civil. (Sentencia T-167-02) (O. D.)

ESTADO CIVIL

1. Concepto de estado civil/ registro civil de nacimiento.

2. La unión marital de hecho no crea un estado civil.

Sobre el tema del Estado Civil hay dos sentencias del año 2002 que hacen alusión al mencionado tema, en una de ellas se hace alusión al concepto de Estado Civil y en la otra se habla de un tema muy importante y es el que establece que la Unión marital de hecho no crea un Estado Civil, por lo tanto se reafirma que en la actualidad no se ha expedido una ley que haga tal asignación ni hay una norma que permita asimilarlo como tal.

1. CONCEPTO DE ESTADO CIVIL - REGISTRO CIVIL DE NACIMIENTO.

Uno de los atributos o calidades jurídicas de las personas, que permite identificarlas y diferenciarlas en el conglomerado social, es el estado civil. Por su intermedio, los seres humanos definen ciertos hechos fundamentales de su personalidad y logran una ubicación jurídica en su núcleo familiar y social. Así, en lo que toca con la personalidad, se puede establecer si se trata de hombre o mujer, si es menor o mayor de edad y si esta vivo o ha fallecido. Por el lado de la familia y la sociedad, se determina si es hijo legítimo o extramatrimonial y si esta casado o es soltero. (Sentencia T-277-02) (O.D)

Ahora bien, para lo que importa resolver en este caso, resulta de vital importancia destacar que, según el artículo 53 del Decreto 1260 de 1970, tal y como fue modificado por el artículo 1° de la Ley 54 de 1989, el funcionario encargado de llevar el registro civil de nacimiento “inscribirá como apellido del inscrito, el primero del padre, seguido del primero de la madre, si fuere hijo legítimo o extramatrimonial reconocido o con paternidad judicialmente declarada; en caso contrario se le asignarán los apellidos de la madre.” (Sentencia T-277-02) (O.D)

Por lo tanto, conforme a las consideraciones anteriores la Corte no encuentra que la actitud asumida por el Registrador del Estado Civil del municipio de Toledo comporte un desconocimiento de la normatividad vigente en materia registral y, en consecuencia, conlleve la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales invocados. A juicio de esta Sala, si la presunción legal contenida en el artículo 213 del C.C. le impone al funcionario el deber de inscribir al hijo de mujer casada con el primer apellido del esposo seguido del primero de la madre, la circunstancia de que no se haya llevado a cabo la inscripción del menor Dumar Andrey es claramente atribuible a su progenitora. Particularmente, por cuanto lo que ésta pretende es que el acto de inscripción se realice por fuera del marco legal preestablecido,

desatendiendo con ello el deber jurídico que la Constitución y la ley le imponen de registrar a su hijo y de garantizarle, en los términos de ley, el ejercicio y goce de sus derechos a la personalidad jurídica y al nombre. (Sentencia T-277-02) (R.D)

2. LA UNION MARITAL DE HECHO NO CREA UN ESTADO CIVIL.

En la sentencia T-167/ 2002, la Corte Constitucional hace especial énfasis en lo referente a que la Unión marital de hecho no crea un Estado Civil y al respecto dice lo siguiente.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que la unión marital de hecho no es asimilable al estado civil. (Sentencia T-167-02) (R.D).

Dicha **corporación** en fallo del 28 de noviembre de 2001, analizó extensamente dicho tema y expresó lo siguiente:

“En el ordenamiento jurídico colombiano no se ha establecido constitucional ni legalmente, el estado civil de compañero permanente derivado de la unión marital de hecho. En efecto, no se puede deducir semejante consagración de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Política, por el hecho de que en él se diga que la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, aspecto éste, aquí subrayado, que corresponde a un mero enunciado, huérfano aún de reglamentación legal. (Sentencia T-167-02) (R.D).

De allí, que para darle en la materia de que aquí se trata el alcance a tal precepto se requerirá, de conformidad con lo dispuesto en su último inciso, que sea la ley la que determine lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes, la cual en verdad con ese carácter no se ha expedido respecto de la situación de la familia constituida por la nueva voluntad de conformarla o dimanante de la unión marital de hecho establecida en ley anterior” (Sentencia T-167-02) (R.D).

En un acápite posterior la referida sentencia de la Corte Suprema, del 28 de noviembre de 2001, Sala Civil, establece como conclusión lo siguiente

“6. Si bien la unión marital de hecho y la constitución de la familia por vínculos naturales, a voluntad de la pareja, puede llegar a constituir un estado civil, lo cierto es que todavía no se ha expedido la ley que haga tal asignación ni hay norma que permita asimilarlo como tal..... (Sentencia T-167-02) (R.D).

“7. Por consiguiente, por ahora no resulta admisible sostener que con la demanda destinada a que se declare la existencia de una sociedad patrimonial presunta

entre compañeros permanentes, su disolución y liquidación, se ejerce una acción de estado civil.....” (Sentencia T-167-02). (R.D)

BIBLIOGRAFIA

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 011 de 2002, M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 092 de 2002, M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 1033 de 2002, M.P JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 129 de 2002, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 246 de 2002, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 379 de 2002, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 395 de 2002, M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 560 de 2002, M.P Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 807 de 2002, M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 984 de 2002, M.P Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 1008 de 2002, M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 1098 de 2002, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 167 de 2002, M.P Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T – 209 de 2002, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 231 de 2002, M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 249 de 2002, M.P Dr. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 277 de 2002, M.P Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 360 de 2002, M.P Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 399 de 2002, M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 440 de 2002, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 526 de 2002, M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 545 de 2002, M.P Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 551 de 2002, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 557 de 2002, M.P Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 650 de 2002, M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 680 de 2002, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 785 de 2002, M.P Dr. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 864 de 2002, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 998 de 2002, M.P Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 098 de 2003, M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 184 de 2003, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C - 482 de 2003, M.P ALFREDO BELTRAN SIERRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C – 653 de 2003, M.P JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C – 692 de 2003, M.P Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 201 de 2003, M.P Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T – 212 de 2003, M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 221 de 2003, M.P MARCO GERARDO MONROY CABRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 227 de 2003, M.P Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 240 de 2003, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 286 de 2003, M.P Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T – 248 de 2003, M.P Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 288 de 2003, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 336 de 2003, M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 370 de 2003, M.P ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 427 de 2003, M.P JAIME ARAUJO RENTERIA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 486 de 2003, M.P Dr. JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T – 510 de 2003, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 553 de 2003, M.P Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 554 de 2003, M.P Dr. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 565 de 2003, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 680 de 2003, M.P Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 706 de 2003, M.P Dr. ALVARO TAFUR GALVIS
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 709 de 2003, M.P Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T - 711 de 2003, M.P Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL