

**LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS EFECTOS PENALES  
SEGÚN LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA.**



**DIANA MAYERLY MORENO BRICEÑO.**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÀ D.C  
AGOSTO 3 DE 2007**

**LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS EFECTOS PENALES  
SEGÚN LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA.**



**DIANA MAYERLY MORENO BRICEÑO.**

**Tesis de grado presentada como  
requisito parcial para optar al título de Abogada**

**DIRECTOR:  
Doctor MANUEL FERNANDO MOYA VARGAS**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÀ D.C  
AGOSTO 3 DE 2007**

A Dios, por su especial presencia en mi vida, por permitirme vivir, volver a vivir y aprender.

A mis padres, especialmente a mi **MADRE** por su dedicación, sus palabras, su amor y su compañía en todos los días de mi vida.

A mi Director de tesis, Doctor Manuel Fernando Moya Vargas, por su valiosa asesoría y por convertirse en mi maestro y amigo.

Al Senador Jaime Dussán, por confiar en mí y permitirme crecer a su lado.

## CONTENIDO

	Pág
INTRODUCCIÓN	8
1. HISTORIA DE LA CORRESPONSABILIDAD	11
1.1 CONCEPTO DE CORRESPONSABILIDAD	11
1.2 INCIDENCIA HISTÓRICA DE LA FAMILIA	11
1.3 NECESIDAD DE UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL	16
1.4 LA CRISIS DETECTADA	20
1.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN ROMA	23
1.6 HISTORIA DE LA FAMILIA EN ROMA	24
1.7 ESTRUCTURA FAMILIAR EN ROMA	26
1.8 LOS IMPÚBERES E INFANTES EN ROMA	29
1.9 PROTECCIÓN A LOS MENORES EN ROMA	30
1.9.1 Relaciones que surgieron al interior de la familia romana	32
1.9.2 Desarrollo de la corresponsabilidad del estado:	34
2. LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA LEY 1098 DE 2.006	38
2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMA	38
2.2 JUSTIFICACIÓN, CONVENIENCIA Y NECESIDAD DE LA LEY	41
2.3 TEORIAS DE LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	44
2.3.1 Teoría de la situación irregular:	44
2.3.1.1 La discriminación	45
2.3.1.2 La judicialización:	45
2.3.1.3 La discrecionalidad:	46
2.3.1.4 Negación del contradictorio:	46
2.3.1.5 Proceso injusto e Impunidad en la Justicia correccional de menores	46
2.3.2 Teoría de la protección integral:	48
2.3.2.1 La Igualdad o No discriminación:	49
2.3.2.2 El interés Superior del Niño:	49
2.3.2.3-La Efectividad y Prioridad Absoluta:	50
2.3.2.4 La Participación solidaria o principio de solidaridad:	51
2.3.2.5 Los Derechos Humanos de los Niños	51
2.4 CONTENIDO DE LA LEY	56
2.4.1 La corresponsabilidad de la familia el estado y la sociedad como consecuencia de la Teoría de protección integral.	56
2.5 OTROS TEMAS CENTRALES DE LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA	75
3. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	79

3.1 FUNDAMENTOS LEGALES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA	80
3.1.1 Normativa Internacional	84
3.2 CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	87
3.3 DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	95
3.3.1 Igualdad	96
3.3.2 El interés superior de los niños	96
3.3.3 Supervivencia y desarrollo	96
3.3.4 Nombre y nacionalidad	96
3.3.5 Separación de los padres	96
3.3.6 Esparcimiento, recreación y cultura	96
3.3.7 Trabajo infantil	97
3.3.8 Estupefacientes	97
3.3.9 Explotación sexual	97
3.3.10 Tortura y privación de la libertad	97
3.3.11 Niños con limitaciones	97
3.3.12 Salud y servicios sociales básicos	97
3.3.13 Calidad de vida	98
3.3.14 Educación	98
3.3.15 Minorías	98
3.3.16 Recuperación psicoafectiva	98
3.3.17 Justicia	98
3.3.18 Opinión	98
3.3.19 Libertad	99
3.3.20 Acceso a la información	99
3.3.21 Responsabilidad de los padres	99
3.3.22 Protección	99
3.3.23 Adopción	99
3.3.24 Los niños refugiados	99
3.4 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO	100
3.5 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS	102
3.6 CONVENIOS DE GINEBRA	103
3.6.1 Constitución Política	104
3.7 LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	118
3.7.1 Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano	120
3.7.2 Derecho a la integridad personal	120
3.7.3 Derecho a la rehabilitación y a la resocialización	120
3.7.4 Derechos de protección	120
3.7.5 Derecho a la libertad y seguridad personal	121
3.7.6 Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella	121
3.7.7 Cuidado custodia personal	121
3.7.8 Derecho a los alimentos	121
3.7.9 Derecho a la identidad	122

3.7.10 Derecho al debido proceso:	122
3.7.11 Derecho a la salud	123
3.7.12 Derecho a la educación	123
3.7.13 Derecho al desarrollo integral en la primera infancia	124
3.7.14 Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes:	124
3.7.15 Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes	124
3.7.16 Derecho de asociación y reunión	124
3.7.17 Derecho a la intimidad	125
3.7.18 Derecho a la información	125
3.7.19 Prohibición de trabajo, edad mínima y derechos de los adolescentes autorizados para trabajar	125
3.7.20 Derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad:	126
3.7.21 Libertades fundamentales.	126
3.8 EL MARCO JURÍDICO	127
3.8.1 Legislación nacional	127
4. EFECTOS PENALES DE LA CONSAGRACIÓN DE LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO	138
4.1 CAUSALISMO CLÁSICO	138
4.2 NEOKANTISMO	139
4.3 ESCUELA NACIONAL SOCIALISTA DEL DERECHO PENAL O ESCUELA DE KIEL	140
4.4 FINALISMO	140
4.5 FUNCIONALISMO	141
4.5.1 Funcionalismo moderado o escuela de Múnich	141
4.5.2 Funcionalismo radical de Günther Jakobs	142
4.6 EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO FUENTE DE GARANTÍA	146
4.7 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LA RESPONSABILIDAD EN GARANTÍA	156
4.8 LA OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA	159
4.9 OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN Y LA RESPONSABILIDAD EN GARANTÍA	161
4.9.1 Sujeto activo del delito de omisión impropia:	161
4.9.2 Determinación de la posición de garante	163
5. FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTÍA	164
5.1 TEORÍA FORMAL DEL DEBER JURÍDICO	164
5.1.1 Ley	164
5.1.2 Contrato	165
5.1.3 La injerencia	165
5.2 TEORÍA MATERIAL O DE LAS FUNCIONES	165
5.3 FUENTES DE POSICIÓN DE GARANTÍA EN EL ACTUAL ESTATUTO PENAL	168
5.3.1 Asunción voluntaria	168

5.3.1.1 La delegación	169
5.3.1.2 Comunidad de vida	169
5.3.1.3 Comunidad de riesgo	170
5.3.1.4 Injerencia	170
5.3.2 La injerencia para Jakobs	171
5.3.2.1 Deberes de aseguramiento	171
5.3.2.2 Deberes de salvamento	171
5.4 PRINCIPIOS PARA LA REGLAMENTACIÓN DE LA POSICIÓN EN GARANTÍA DEL ESTADO, LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD	172
5.5 LA OMISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL	174
5.5.1 Delitos de omisión propia	174
5.5.2 Delitos de Omisión Propia agravados por la producción de un resultado	175
5.5.3 Omisiones puras de garante o de gravedad intermedia	176
5.5.4 La Omisión Impropia	176
5.6 DELITOS EN LOS QUE PODRÍA INCURRIR LA FAMILIA, LA SOCIEDAD Y EL “ESTADO” EN SU POSICIÓN DE GARANTES	177
5.7 A MANERA DE CONCLUSIÓN	183
CONCLUSIONES	187
BIBLIOGRAFIA	200

## INTRODUCCIÓN

Mediante este proceso de investigación de orden histórico-descriptivo y constructivista, basado en técnicas concretas de entrevistas en profundidad, reconstrucción histórica de textos legales y análisis de contexto, se analizan los efectos de la consagración del principio de corresponsabilidad del Estado a través de la Ley de Infancia y Adolescencia.

En efecto, Colombia hasta antes de la expedición de la Ley 1098 de 2006 era el único país de Latinoamérica que no había reformado su legislación interna para adecuarla a los principios, preceptos y mandatos que dicta la Convención de los Derechos del niño y otros tratados internacionales ratificados en nuestro país.

Pese a que la Constitución Política dispone que los tratados y convenios que reconocen derechos humanos ratificados por el Congreso de la República, conforman el bloque de constitucionalidad y prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico, se hacía necesario un instrumento que desde la legislación interna permitiera el ejercicio real y efectivo de los derechos de los niños y adolescentes, más aún cuando el 41.5% de la población Colombiana es menor de 18 años, siendo estos derechos prioritarios y atendiendo a las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas había ya manifestado en forma reiterada, en su preocupación por la incompatibilidad que existía entre la legislación Colombiana y los instrumentos internacionales que nos encontrábamos en mora de cumplir.

Se hacían visibles las críticas situaciones de los menores de edad en nuestro país día a día reflejándose así en los distintos medios de comunicación, que registraron numerosos casos sin solución debido a la falta de un soporte en la normatividad que permitiera su atención oportuna y eficaz por parte del Estado, la sociedad y la familia.

Por las razones expuestas y por la necesidad imperante de protección y verdaderas garantías en el contexto social, esenciales para la vida y desarrollo de los menores de edad, se presentó un proyecto de ley en el Congreso de la República con antecedentes desde 1994 y aunque por motivos de inconveniencia y otros no se había logrado su promulgación como ley de la República; actualmente es Ley titulada “LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA”.

Esta nueva legislación plasma su filosofía y enfoque jurídico en la TEORÍA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL, consagrada en la Convención Internacional sobre los derechos del niño de 1.989, reconociendo a los menores de manera amplia como personas titulares de derechos y deberes que deben ser protegidas de una forma “integral y permanente”, contrariando la teoría de la situación irregular plasmada

en el anterior código del menor que restringía la protección únicamente a las situaciones en que existe vulnerabilidad. Para que la protección integral que pregona esta nueva ley pueda darse efectivamente y se materialice en la práctica se estipula la importancia y trascendencia de la responsabilidad solidaria, conjunta y simultánea que tiene el Estado, la sociedad y la familia y al exigirse de estos una responsabilidad conjunta surge entonces la llamada CORRESPONSABILIDAD.

Así, por primera vez en nuestra normatividad del menor se habla de CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO en la prevención, protección y reafirmación de sus derechos y con fundamento en este nuevo gravamen social radicado en el Estado, surgen efectos sobre la responsabilidad penal que es preciso analizar.

Dentro del estudio de la corresponsabilidad del Estado se hizo necesario determinar al interior de las instituciones en Roma los precisos antecedentes que hallamos sobre este concepto en aquella época, la incidencia histórica que ha traído la transformación de la institución familiar a lo largo de la historia mostrando una evolución en sus estructuras más determinantes, así como el desarrollo de la seguridad social y sus primeros orígenes como sistemas de beneficencia en Roma. Igualmente se estudian las figuras que existían en Roma para la protección de los menores y en general el tratamiento jurídico que a ellos se les proporcionaba. De esta forma hallamos el surgimiento de la corresponsabilidad, su desarrollo en aquellas épocas de gran importancia para las instituciones jurídicas y de allí es posible entender el alcance de este concepto en la nueva Ley de Infancia y Adolescencia.

De allí, comienza a desarrollarse el contenido de la Ley, iniciando con los antecedentes que justificaron la creación de esta norma, después se hace un recorrido al interior de su contenido siempre enfocado al tema de la teoría de la protección integral y por consiguiente de la corresponsabilidad del estado, la familia y la sociedad. De esta forma y para entender la normatividad vigente se hizo necesaria una comparación entre las dos teorías que han regido la normatividad del menor en Colombia (Teoría de la Situación Irregular y Teoría de la Protección Integral). Se desarrollan los derechos que la Ley de Infancia y Adolescencia consagra para los menores y que por tanto deben ser garantizados por los tres actores corresponsables, así como las obligaciones y responsabilidades que la Ley le otorga a cada uno de ellos; en este punto las entrevistas realizadas a los ponentes fueron de gran ayuda al ser opiniones claves en encontrar los verdaderos límites a la corresponsabilidad y sus principios para su futura e inmediata aplicación.

En adelante, se intenta desarrollar el bloque de constitucionalidad al interior del tema de la corresponsabilidad encontrando antecedentes de este concepto tanto en los principios constitucionales, como en los tratados internacionales que tratan el tema de los menores de edad, y también en la jurisprudencia colombiana y la

normatividad interna; de esta manera se logra evolucionar en el concepto de corresponsabilidad, sus alcances y características, determinando la real aplicación de este principio que cobija la normatividad interna, internacional y constitucional.

Después de un desarrollo histórico, normativo y constitucional se exploran las consecuencias de la consagración del principio de corresponsabilidad, respecto de la responsabilidad penal del Estado, para desarrollar los delitos de omisión propia e impropia, resaltando en esta última las posiciones en garantía que han surgido para la familia, el Estado y la sociedad; en estos tipos de comisión por omisión se determina si es el Estado responsable penalmente debido a la posición de garantía que ostenta con respecto a los menores ya que definitivamente el efecto de la corresponsabilidad del Estado se proyecta en una probable constitución de garantía por parte del Estado, que conllevaría efectos penales importantes. Además se precisan los posibles tipos penales en los que podría incurrir cada uno de los actores corresponsables por acción o por omisión y, se logra concluir la verdadera responsabilidad del Estado que nace por la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Por ello, y por las diversas las opiniones, interrogantes y concepciones que con la expedición de la Ley 1098 de 2006 se pueden suscitar, debido a las innovaciones que la misma contiene. Así, puede decirse que esta reforma busca avanzar en normas de tipo sustancial y procedimental, de orden público, de carácter irrenunciable y prevalente; estableciendo LA PROTECCIÓN INTEGRAL de esta parte de la población (los niños, niñas y adolescentes) mediante la cual la familia, el Estado y la sociedad proteja y garantice el goce efectivo de los derechos y libertades de que son acreedores por su condición. Por lo tanto, la teoría de la Protección integral y consecuentemente el principio de la corresponsabilidad para que esta se desarrolle son las bases conceptuales de la ley de Infancia y Adolescencia y por ende, el eje central de mi investigación.

Es necesario resaltar los productos de investigación que a este punto de mi trabajo he logrado , estos son: La redacción de un artículo cuyo tema es LA LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA próximo a publicarse en la revista de la Defensoría del Pueblo, y las conferencias dictadas a docentes, rectores y coordinadores de colegios en Bogotá que realizan su especialización en Derechos Humanos y quiénes manifestaron su interés en conocer el tema de investigación y el alcance de la Ley de Infancia y Adolescencia en general.

# 1. HISTORIA DE LA CORRESPONSABILIDAD

## 1.1 CONCEPTO DE CORRESPONSABILIDAD

Este principio implica que el Estado<sup>1</sup> y sus instituciones, la familia<sup>2</sup> y la sociedad<sup>3</sup> “comparten” la responsabilidad de crear las condiciones y garantías necesarias para el pleno desarrollo y bienestar de los individuos, más aún de los sectores vulnerables al interior de la sociedad y la familia como son los menores de edad.

Esta responsabilidad además de ser solidaria y compartida se constituye en conjunta<sup>4</sup> razón por la que se desprende el concepto de “co” responsabilidad, es decir, deben corresponder<sup>5</sup> en sus obligaciones para con el menor. Por tanto, en conjunto deben aportar sus esfuerzos para darle validez a las disposiciones constitucionales y legales que los amparan, con mayor razón en un Estado social y democrático de Derecho, donde existen mayores garantías para la población.

## 1.2 INCIDENCIA HISTÓRICA DE LA FAMILIA

Son muchas las transformaciones que ha sufrido la familia a lo largo de la historia, mostrando una evolución en sus estructuras más determinantes, y a pesar de que este concepto a variado aún conserva muchos elementos de la definición antigua; Hoy una de las nuevas y modernas concepciones define la familia como “el conjunto de personas entre las que median lazos cercanos de sangre afinidad o adopción, independientemente de su cercanía física o geográfica y de su cercanía afectiva o emocional (Watenberg, 1.991) Después del desarrollo de esta institución desde sus principios, sin embargo sigue siendo una de las instituciones más influyentes dentro de la sociedad.

---

<sup>1</sup> Visto como “Conjunto de órganos de gobierno de un país soberano asentado en un territorio de un país independiente” DICCIONARIO de la lengua española. Madrid España: Ed. Espasa, 1992. Tomo II.

<sup>2</sup> Entendida como “Conjunto de ascendentes, descendentes colaterales y afines de un linaje; grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas”. Ibid. P. 908,

<sup>3</sup> Según la definición: “Reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones; agrupación natural o pactada de personas, que constituyen una unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir mediante la mutua cooperación todos o alguno de los fines de la vida”. Ibid. P. 1894.

<sup>4</sup> En su referencia a unión: “... aliado, mezclado, incorporado a otra cosa”. Ibid. P. 542

<sup>5</sup> Corresponder en cuanto a: “Tener proporción una cosa con otra ; Pagar con igualdad, relativa o proporcionalmente”. Ibid. P. 580

La forma familiar conocida tradicionalmente y que poco a poco desaparece es el modelo de hombre proveedor-mujer cuidadora tal como lo afirma Sunkel (CEPAL), la misma familia biparental con hijos que se caracteriza por que en ella están presentes “ambos padres viviendo juntos con sus hijos matrimoniales, la madre ama de casa a tiempo completo y el padre ganando el pan” según lo expuesto por (Giddens, 2000).

Este modelo parsoniano, que corresponde a la llamada familia nuclear de la post-guerra aparecía como una institución totalmente estable a los cambios, imagen que se convirtió en un lugar común durante décadas tanto en las ciencias sociales como en la cultura política (CEPAL). No obstante, en las últimas décadas grandes transformaciones en su estructura y comportamiento hacen que la familia nuclear con hombre proveedor/ mujer cuidadora ya no sea el modelo clásico. Esto se verifica al encontrar cada vez más hogares con predominio de jefatura femenina producto de la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral, pues ya no es sólo el hombre quien genera los ingresos familiares. Esta situación afecta directamente a los niños, ya que el tiempo que la madre no dedica a los menores al dedicarse a trabajar no es compensado por el padre, surgiendo inconvenientes relacionados con el costo y la calidad de los cuidados y la formación que requieren los hijos pequeños, al acudir a soluciones privadas no parentales, lo anterior demostrado con las investigaciones de la CEPAL.

Las variaciones en el rol de la mujer al interior de la familia son causa principalmente de la precariedad e insuficiencia del sistema de protección que brinda el estado a esta célula de la sociedad, así en respuesta a esta falta de garantías las mujeres y los menores se ven obligados a contribuir en el sostenimiento y búsqueda de bienestar del que carecen. Por ello en la familia la cabeza ya no esta la figura del hombre (pater familias en Roma) sino que hoy en día se observa en forma predominante la jefatura femenina.

Para estos efectos la CEPAL considera que el jefe de hogar es la persona que se designa a si misma como jefe o que está designada o reconocida como tal por los demás miembros del hogar, con independencia del proceso real de toma de decisiones y de la composición del aporte económico, lo que demuestra que son muchos los factores que determinan la jefatura.

En respuesta a los cambios ocurridos en la estructura familiar el estado debe actuar creando políticas compatibles con las nuevas necesidades que demanda el modelo de familia actual, teniendo en cuenta las exigencias de nuevas responsabilidades laborales, familiares y la combinación de las dos en ciertos casos durante el diario vivir de los núcleos familiares.

Para enfrentar este fenómeno es indispensable redefinir cuáles son las nuevas características que han tomado las familias, pues además de la jefatura femenina, el tamaño de la familia se ha reducido considerablemente (mayor en los sectores

más pobres y tiende a disminuir conforme aumenta el nivel de ingresos familiar), para Planeación Nacional por su parte el tamaño de los hogares se reduce con un aumento en los hogares unipersonales, esta disminución en el tamaño observado en la última década se relaciona con transformaciones en la organización familiar y no en el descenso en la fecundidad; también a aumentado la fecundidad adolescente, existe un envejecimiento de la población.

Otro aspecto que llega a variar el tamaño de las familias se debe a la caída en la tasa de fecundidad, por el proceso de “transición demográfica” pues con anterioridad a este proceso las tasas de crecimiento de la población bajaron, por el efecto de las tasas de mortalidad y natalidad elevadas. En otra etapa, la mortalidad disminuyó por las mejoras en los servicios de atención de salud que llegaron a reducir las enfermedades infecciosas, parasitarias y del aparato respiratorio, que afectan principalmente a la infancia y por consiguiente el aumento de la fecundidad ocasiona un crecimiento acelerado de la población regional entre 1940 y 1970.

Además, el modelo tradicional de que se habla ha variado tanto en su concepción como en su estructura, viéndose obligada a responder a los cambios que las involucran, por lo que los roles de cada miembro de este grupo varían también de acuerdo a las necesidades, así por ejemplo la mujer y el lugar que ocupa dentro de la misma a avanzado desarraigándose de los antiguos sofismas que la disminuían y no le permitían jugar un papel determinante.

Igualmente, Castells destaca la creciente frecuencia de crisis matrimoniales como otra característica del nuevo modelo familiar, la disolución de los hogares de las parejas casadas por divorcio o separación; el retraso en la formación de parejas y la vida en común sin matrimonio; la variedad creciente de estructuras de hogares, con lo que se diluye el predominio del modelo clásico de la familia nuclear tradicional (parejas casadas en primeras nupcias y sus hijos); la tendencia creciente a que nazcan más niños fuera del matrimonio y a que las mujeres limiten el número de hijos y retrasen el primero (Castells, 1999) (CEPAL. Pág. 7) el autor refiere estas causas siendo realidades en nuestro país donde con frecuencia vemos familias cada vez más alejadas del ideal de la familia nuclear completa: madres solteras y madres con hijos sin presencia masculina, padres que se hacen cargo de sus hijos después del divorcio y muchas otras situaciones que muestran un evidente cambio de la unidad familiar más no una disolución de la misma, pues existe, aunque en forma distinta a la conocida por la generalidad en el tiempo; Además afirma que no existe una disolución de la familia, como suele pensarse, sino el fin de la familia como la se ha concebido desde sus principios y la hemos conocido hasta ahora. No sólo de la familia nuclear (un artefacto moderno), sino la basada en la dominación patriarcal que ha sido la regla durante milenios (Castells, 1999).

En este sentido, y según Sunkel se ha planteado que en los países más desarrollados incluyendo países de Latinoamérica existe una crisis de la familia patriarcal, esto debido al debilitamiento de un modelo de familia basado en el ejercicio estable de la autoridad/ dominación sobre toda la familia del hombre adulto cabeza de familia, como se podía evidenciar en la organización familiar romana en donde se formaron estos grupos.

No obstante, retomando el estudio realizado por el Departamento de Planeación Nacional vemos que este determinó que entre las formas predominantes de fundación de las familias en Colombia se encuentra el matrimonio legal, esto debido a la influencia que han tenido las distintas reformas y disposiciones legales, entre ellas: la ley 53 de 1.990, que reconoce la existencia de sociedad patrimonial en las uniones de hecho, la Constitución de 1.991 al aceptar los vínculos naturales y no confundir la familia con la institución del matrimonio, la ley 100 de 1.993 otorgándole a la compañera del trabajador debidamente inscrita, el derecho a las mismas prestaciones que tendría la cónyuge.

Estas formas de constitución de los hogares son esenciales e influyen notablemente en el nivel educativo de los menores; Hoy vemos como la sociedad tiene un carácter más laico dejando atrás los principios y tradicionalismos impuestos por la iglesia cristiana en épocas anteriores, y se demuestra que los niños formados en un hogar de unión libre tiene un menor rendimientos que quienes viven en un hogar constituido legalmente.

Lo anterior muestra características actuales y distintas a las conocidas de lo que predomina en los hogares hoy en día, pues el modelo de la familia nuclear existente en la post guerra que se caracterizaba por ser una “institución tremendamente estable e impermeable a los cambios, imagen que se convirtió en un lugar común durante décadas tanto en las ciencias sociales como en la cultura política” (Sunkel), pero hoy el modelo clásico de familia patriarcal que data desde Roma podría afirmarse que quedó en el pasado, es decir, se encuentra en crisis la autoridad y dominación del hombre cabeza de familia variando de esta manera la autoridad para la toma decisiones en su interior.

Para entender la diversificación de la familia traigo a colación las definiciones que aportan los estudios de la CEPAL así:

*“Los hogares familiares – que en este documento serán tratados como familias - suponen la existencia de núcleo conyugal e incluyen:*

- Nuclear biparental con hijos: pareja casada legalmente con hijos.*
- Nuclear monoparental: integrado por uno de los padres (madre o padre) y uno o más hijos.*
- Nuclear sin hijos: pareja casada.*
- Extendidas: padre o madre o ambos, con o sin hijos, y otros parientes.*

- *Compuestas: padre o madre o ambos, con o sin hijos, con o sin otros parientes, y otros no parientes*

*Por su parte, los hogares no familiares incluyen:*

- *Unipersonal: integrado por una sola persona.*

- *Sin núcleo: aquellos donde no existe un núcleo conyugal o una relación padre/madre-hijo/hija aunque pueden existir otras relaciones de parentesco (dos hermanos, un abuelo y sus nietos, etc.).*

Es importante destacar que la familia reconocida en la post guerra es la familia nuclear biparental con hijos, además es el nivel de ingresos determinante para la coexistencia de esta diversidad de modelos pues “habitualmente en los hogares pobres hay mayor número de hijos que son dependientes económicos y por otro lado, hay menor número de aportantes económicos al hogar” (Arriagada, 2001: 22).

Por otra parte el Departamento Nacional de Planeación dedica una investigación en la que clasifica los hogares Colombianos que coexisten actualmente según el parentesco de sus miembros o según el ciclo de vida.

En cuanto al parentesco lo primero que se identifica es el núcleo familiar primario que es la familia constituida con una de las siguientes formas y es primario por que incluye al jefe de hogar:

a. La pareja sin hijos.

b. La pareja con uno o más hijos que vive en el mismo hogar.

c. El padre o la madre con uno o más hijos solteros que vive en el mismo hogar.

Por tanto los integrantes del grupo, en los hogares pueden ser no familiares y familiares. Los no familiares son los constituidos con uno o dos personas en donde no existe un núcleo familiar primario, lo que quiere decir que son hogares en donde vive un jefe sin cónyuge ni hijos, pero vive con otros parientes (hermano) o no parientes (amigo). Estos hogares no familiares se subdividen en unipersonales y múltiples, en Colombia predominan los primeros.

Los Familiares son los constituidos por personas relacionadas entre sí en primer o segundo grado de consanguinidad, adopción o matrimonio, incluyendo uniones permanentes al ser estables, por lo que se asume que existe un núcleo familiar primario. Este tipo de hogares, pueden clasificarse según la relación de consanguinidad con el núcleo familiar primario: ascendente, descendente o colateral

Además clasifican a los hogares teniendo en cuenta las etapas del ciclo de vida familiar, influyendo este ciclo vital en cada una de las necesidades, expectativas y

posibilidades de las familias, y se distribuyen así según estos estudios al interior de nuestro país:

Etapa inicial: Parejas jóvenes sin hijos donde la mujer tiene menos de 35 años de edad.

Etapa I o de Constitución: El hijo mayor del jefe tiene menos de 12 años de edad.

Etapa II o intermedia: El hijo mayor del jefe tiene entre 12 y 18 años de edad.

Etapa III o consolidada: El hijo mayor del jefe tiene 19 años de edad o más, aún vive en el hogar.

Etapa IV o nido vacío: Parejas adultas donde la cónyuge es mayor de 35 años, no han tenido hijos, o quienes tienen no viven en el mismo hogar. (Departamento Nacional de planeación).

Toda la evolución que se muestra al interior de la institución familiar exige del estado un mayor esfuerzo en la creación de políticas que intenten su protección y por ende la garantía de los derechos de sus miembros, entre ellos lo menores de edad, de esta forma al existir hoy en día gran diversidad de modelos familiares de la misma manera deben evolucionar las medidas legales brindando la protección necesaria que requieren en la actualidad.

### **1.3 NECESIDAD DE UN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

Según el estudio realizado por El Departamento Nacional de Planeación con un programa de las Naciones Unidas para el desarrollo y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; Las familias se caracterizan según la sociedad en la que se viva y las condiciones de tipo social y económico que la rodeen, por ello en situaciones difíciles, la familia actúa como un escudo que protege a sus miembros de los peligros y las amenazas a las que se ven expuestos, siendo más estrechos los lazos de solidaridad en sociedades con niveles de vida y desarrollo más bajo como es el caso de las familias Colombianas, en donde la unidad familiar aparece con más fuerza .

Debe entenderse por Hogar según anotaciones del DANE “Una persona o grupo de personas que pueden o no tener vínculos de consanguinidad, que ocupan la totalidad o parte de una vivienda, comparten las comidas y reconocen como autoridad a una sola persona (Jefe de Hogar), esta es una organización que surge con las necesidades y circunstancias de tipo individual o colectivo.

Así, a pesar de las mutaciones sufridas por la familia está mantiene el significado esencial que se origina en que esta constituye un pilar clave del régimen de

bienestar. Esta ha sido llevada a proteger sus miembros produciendo el bienestar que el sistema de protección social no les garantiza.

Así la discusión sobre los distintos regímenes de bienestar se reduce a la distribución de las responsabilidades entre el ESTADO, el mercado y la familia, este criterio es ampliado por Esping- Andersen estableciendo una distinción entre tres regímenes de bienestar: liberal, socialdemócrata y conservador. Para el autor estos regímenes “se distinguen entre sí de acuerdo con la distribución de responsabilidades sociales entre el Estado, el mercado y la familia (los que constituyen la “tríada del bienestar”) y, como elemento residual, las instituciones sin fines de lucro del ‘tercer sector’”<sup>6</sup> Esping define cada uno de estos regímenes así, sin perder de vista que esta distinción es un factor determinante en las políticas de protección que el estado pueda crear hacia la familia y la misma sociedad:

*El régimen de bienestar socialdemócrata* (agrupa a los países escandinavos Suecia, Noruega, Dinamarca y Finlandia). Para Esping-Andersen (Guillermo Sunkel, 2006), se busca un régimen de protección pública integral orientada a una cobertura universal de los ciudadanos, evitando toda forma de desigualdad, además impone una desfamiliarización que significa el darle una mayor responsabilidad a la sociedad en el bienestar de los miembros de la familia, así mismo apoya la independencia económica de la mujer liberándola de las responsabilidades familiares que restringen su participación en el mercado laboral.

[*El régimen de bienestar conservador* incluye los países de Europa continental (Alemania, Holanda, Austria, Francia, Italia y España]. “se caracteriza por proteger individualmente a los trabajadores, asegurándoles la ocupación mediante estrictas normas de contratación y despido”.<sup>7</sup> En este régimen el ESTADO interviene para proteger únicamente a quienes no logran obtener bienestar a través del mercado debido a la directa relación entre el empleo y su correspondiente seguridad social, por lo que puede decirse que el estado tiene acá una mínima intervención, algo así como una intervención jerárquica orientada hacia quienes no logran funcionar como trabajadores en el mercado.

Al contrario del socialdemócrata este es un régimen ‘familista’, en el sentido de que, asegurado el ingreso, suponen que la familia puede hacerse cargo de la mayoría de las funciones relacionadas con el bienestar”.<sup>8</sup> Es decir, en la familia se centra la protección y responsabilidad de sus miembros, más aún del hombre proveedor que es quien en últimas tiene la fuerza de trabajo, muestra de ello es que los padres son responsables de sus hijos y el Estado no actúa sino en el

---

<sup>6</sup> SUNKEL, Guillermo. El papel de la familia en la protección social en América Latina. Documento electrónico PDF. Santiago de Chile. Chile. 2006. p. 207

<sup>7</sup> Ibid 203.

<sup>8</sup> Ibid

momento en que estos no tengan las condiciones económicas requeridas, opera entonces el principio de subsidiaridad que proviene de la iglesia católica que propone “ que las personas necesitadas solamente debieran obtener asistencia de bienestar en caso que no puedan obtener ayuda de sus familias, amigos u organizaciones no gubernamentales”(Sunkel)

En este sistema de protección social la universalidad de la cobertura, la igualdad, la solidaridad y la integralidad de las prestaciones fueron principios que estuvieron en la base de los sistemas tradicionales de seguridad social, todos ellos estaban condicionados por la seguridad laboral del varón al ser quien tenía la fuerza de trabajo.

El *régimen de bienestar liberal* agrupa a los países anglosajones (EEUU, Reino Unido, Nueva Zelandia y Australia). Este tipo de régimen se caracteriza por un ESTADO residual, la individualización de los riesgos y la promoción de soluciones de mercado, es “residual” e individualizador en el sentido que tiene una definición estrecha de quien tiene derecho a los beneficios Sociales, se enfoca y focaliza en necesidades para brindar beneficios sociales a quienes tienen el derecho según estas condiciones, además promueve el mercado como el pilar central de la tríada.

Según los criterios descritos el régimen de bienestar que acoge Latinoamérica y más específicamente Colombia puede decirse que se basa en los principios de universalidad, solidaridad e integralidad en cuanto a los sistemas de seguridad social con énfasis redistributivo cumpliendo una función compensatoria de las desigualdades sociales, tal como le examinó la CEPAL.

Así surgen programas en materia de seguridad social tales como: Los seguros sociales - sistemas de pensiones de vejez e invalidez, seguros de desempleo, de salud, accidentes, de maternidad, etc. Esto soportado en el aporte del trabajador/a, el empleador/a y el Estado con una concepción solidaria; La asistencia social, servicios para superar la pobreza de grupos que carecen de recursos, programas que promueven empleo, programas de alimentación-nutrición, salud, etc. Los subsidios familiares para la vivienda, educación, etc. Se evidencia entonces que el Estado se transformó en proveedor de servicios sociales que se consideraban trascendentales para el desarrollo social de la población y directamente de la familia como su núcleo esencial.

Es entonces cuando se crea un modelo de seguridad familiar, en donde las mujeres son dependientes y subordinadas de sus esposos accediendo a la seguridad social de manera indirecta.

A partir de los años 70 se encuentran las primeras formas de solidaridad familiar, ya que esta debe desarrollar una reacción o estrategia de adaptación a los

cambios y deficiencias que se presenten por falta de protección del estado asumiendo responsabilidades que anteriormente este asumía, con la nueva etapa de modernización el Estado a pesar de transferir estas obligaciones a la familia no le brinda las suficientes garantías y recursos para desarrollarlas.

A finales de los años 80 se mantuvo la ideología (similar a la de Roma) de que la fuerza de trabajo era masculina y, por lo tanto, que la familia depende del varón como su principal proveedor, fue por esta razón que los principios de universalidad de la cobertura, la igualdad, la solidaridad y la integralidad de las prestaciones estuvieron, base de los sistemas tradicionales de seguridad social, estaban condicionados por la seguridad laboral del varón. Aquí encontramos la figura “familista”, y hay grandes diferencias con el Estado conservador porque el estado tenía un fuerte rol de intervención a través de la política social que no incluía a las mujeres en el mercado laboral.

Debido a la crisis de los 80 la organización de las políticas de Estado en materia de seguridad social sufre un cambio de el Estado que disponía de variedad de provisiones en servicios, regulación y financiamiento, a una concepción de protección social que implica una acción más restringida del Estado que reflejado en la vinculación entre aportes y beneficios, en el descenso de los niveles de cobertura, en la exclusión de amplios grupos sociales y en la privatización de la administración del sistema. Pasan responsabilidades de estado a la esfera individual.

El nuevo sistema se basa en una concepción individual del sujeto que aporta a su bienestar y con base a sus ingresos, extiende los beneficios a su familia.

En los años 90 la política social tenía como meta la reducción de la pobreza mediante la adopción de reformas de mercado, prestando asistencia a las zonas más vulnerables de la población (pobres, ancianos, niños, minusválidos) según el principio de la focalización”, es decir, el sector privado juega aquí un papel determinante al recibir las responsabilidades en la ejecución las políticas sociales. El Estado ya no es determinante y es desplazado por el mercado.

De tenerse en cuenta que los niveles de garantías y aseguramiento de las familias son escasos, y esta falta de protección es lo que ocasiona daños estructurales y estas diversas formas de reorganización de la familia y situaciones en nuestro actual contexto social como el desplazamiento, el hacinamiento en hogares de parientes etc., son consecuencias de las condiciones que el Estado aún estando obligado a ello no brinda al núcleo fundamental de la sociedad que es la familia; Entonces si existiera un mejoramiento de la seguridad social y la creación de políticas públicas se contribuiría a reducir los índices y estadísticas de estos hechos al interior de la familia que llegan a afectar en forma directa a los menores de edad.

El Estado juega un papel muy importante en esta tarea pues debe implementarse una ampliación en el aseguramiento de estas instituciones y de quienes son más vulnerables en ella “los menores” sin llegar a convertirse en un Estado paternalista como sucedió en épocas anteriores.” el punto de llegada debe ser un sistema de seguridad social cuyo fundamento último sea la equidad” (Planeación Nacional).

Pero en la realidad son precarias las garantías que el Estado brinda a la sociedad obligando a las familias a asumir las insuficiencias de la seguridad social, lo que muestra que se requieren nuevas políticas públicas que se adecuen a las condiciones actuales superando los modelos de familia antigua que sólo eran posibles y se adaptaban a las formas de estado en las que surgieron y se encontraban apenas en sus procesos de formación. Con el tiempo estos grupos evolucionan para enfrentar la dinámica actual y de la misma forma debe evolucionar el estado con sus políticas para su protección.

#### **1.4 LA CRISIS DETECTADA**

En la búsqueda de bienestar y ante la imposibilidad de acceder las familias a un sistema de Seguridad Social que los proteja, se encuentran en situación de vulnerabilidad acumulando activos humanos y físicos al tratar de protegerse de la “crisis” definida por Planeación Nacional como “una situación transitoria, durante la cual las familias se ven obligadas a modificar la asignación de los recursos (pág 52), así estas responden frente a los riesgos sociales movilizándolo sus activos por lo que entra a jugar un rol clave en la protección de sus miembros y en la producción de bienestar de los mismos. De esta manera la familia nuclear o moderna utiliza los recursos con que cuenta cada hogar para enfrentar los riesgos sociales y las necesidades de la vida con nuevos arreglos al interior de la familia.

Este enfoque llamado por la CEPAL activos/vulnerabilidad relaciona directamente a las familias y sus recursos explicando la correlativa producción de bienestar en los hogares. Esto se da en la medida que la familia genera nuevos ingresos con la incorporación de nuevos miembros de la familia al mercado laboral, también cambios en el consumo que puede llegar a afectar la salud y educación

Aparece aquí la solidaridad familiar para responder a las situaciones de riesgo y encontramos entonces el trabajo infantil y femenino en mayor proporción debido a la falta de garantías por parte del Estado.

Por ello la CEPAL insiste en que “la familia es un amortiguador ó fusible de la modernización asumiendo responsabilidades que asumía el Estado anteriormente”. Por eso vemos como los distintos problemas sociales surgen por que a pesar de ser la familia la responsable en la formación de sus miembros, especialmente de los menores, el estado y la sociedad no les otorga las herramientas necesarias para el ejercicio de esas responsabilidades.

Se evidencia como la crisis obliga a la familia a modificar su estrategia de asignación de recursos, el estadio puede superarse al lograr reorganizarse de una forma similar a como lo hacían antes de la crisis, y es irre recuperable cuando concluye aprendiendo a convivir con la pérdida.

La gravedad de la crisis depende entonces de si la familia dispone de pocos o muchos activos; En la primera hay más posibilidad de que el daño sea irreparable, y si además el proceso de recuperación es a corto o largo plazo, entonces en corto plazo la crisis tiene una incidencia negativa en el proyecto de bienestar original, y en el largo plazo puede reducir la posibilidad de que los hijos mejoren el nivel educativo la ocupación y el ingreso de sus padres, así lo confirma el documento elaborado por el Departamento Nacional de Planeación.

La razones para que se presenten las crisis pueden ser diversas, por ejemplo: La separación y el divorcio, la viudez, la pérdida económica importante por alguna razón, la muerte reciente de un miembro del hogar, la enfermedad grave del mismo, , la presencia de alguna persona con invalidez física o mental, el desempleo, la adicción al alcohol y las drogas.

A su vez la CEPAL encuentra otras razones atribuibles a la crisis relacionadas con las transformaciones sufridas por la familia en las últimas décadas debido a la incorporación de la mujer al mercado pues se pasa del “modelo hombre proveedor” a las “familias de doble ingreso” .Por ello estas familias buscan un equilibrio entre las responsabilidades laborales y las relacionadas con el cuidado del hogar, y es entonces cuando la relación familia-trabajo genera conflictos a su interior.

Así mismo, a nivel psicológico surgen dificultades con respecto a los roles que se van a desempeñar, esto también influenciado por el machismo o por el tradicionalismo que impusieron las familias primitivas, para evitar estos problemas, es evidente que se requieren nuevas políticas sociales que superen el esquema ya rezagado frente a el nuevo contexto cultural, social y político y comenzar a fomentar medidas y programas orientados a apoyar la combinación de responsabilidades laborales y familiares.

Respuestas de las familias ante estos riesgos son conceptuadas por Planeación en tres: aseguramiento con una institución especializada en donde las compañías de seguro intentan disminuir la probabilidad de la catástrofe, obligando al asegurado cumplir con ciertos requisitos, aquí los costos bajan si la cobertura aumenta; Por el contrario el autoaseguramiento aumenta los costos al ser medidas que la persona decide tomar para evitar una calamidad en el futuro sin utilizar por tanto las ventajas en el aumento del número de asegurados como por ejemplo un ahorro; Y la autoprotección protege el elemento expuesto, así la probabilidad de

daño es menor, esto es corroborado con los estudios de Planeación al interior de las familias Colombianas.

En Colombia la familia actúa como aseguradora al ser la principal institución para defenderse de la incertidumbre (Becker), así en las sociedades según su nivel de desarrollo la confianza en la unidad familiar se desplaza hacia instancias externas como el Estado o quedan exclusivamente como responsables en su interior. Se afirma que la familia es una compañía de aseguramiento en la medida en que protege a sus miembros de la incertidumbre causada muchas veces por la ineficiencia del Estado en su responsabilidad de protección a la sociedad y por ello a la célula de la sociedad que es la familia.

Esto demuestra que los niveles de aseguramiento en Colombia son muy bajos “El sistema de seguridad social no tiene la cobertura suficiente para evitar que la mano de obra de los adolescentes y de los niños sea un activo que le ayude a la familia a sortear la crisis”.<sup>9</sup> En consecuencia la sociedad debe captar y asumir los riesgos que las familias y los individuos perciben para así consolidar verdaderos sistemas de protección.

La ampliación del aseguramiento que se propone con el estudio desarrollado por planeación repito, no significa que el Estado deba cumplir una función paternalista, pues tendrán más efectividad estos sistemas si se acompañan con principios de solidaridad y equidad.

Las amenazas que sufren las familias Colombianas están siendo solucionadas (si eso significara solución) de forma asimétrica y con visiones a corto plazo que generan en el futuro peores consecuencias, un ejemplo de esto es la pérdida del empleo del padre que debe ser compensada con un auxilio de desempleo que el Estado esta en condiciones y en la obligación de ofrecer, pero al no existir esta garantía las familias acuden a retirar a los niños y jóvenes de la educación y dedicarlos a laborar, lo cual no les permitirá crecer y consolidar una mejor expectativa de vida a largo plazo.

Se encuentra entonces que la familia es el pilar fundamental de la protección social, evidenciando una desprotección a sus miembros por parte del Estado y la sociedad que son los responsables en forma solidaria, pues no se puede predicar la solidaridad solamente en uno de sus miembros (la familia), sino que es una tríada que debe distribuirse estas necesidades (familia, sociedad, estado).

Mediante estos esquemas analizados, con respecto a la organización familiar de la edad moderna en América Latina y particularmente en Colombia; se concluye

---

<sup>9</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Familias Colombianas: Estrategias Frente al Riesgo. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Misión Social. Alfaomega Colombiana S.A. 2002. p. 99

que a pesar de las grandes transformaciones que ha sufrido esta institución, se evidencia que el Estado no cumple con su responsabilidad sobre las familias, creándose un conflicto al interior de las mismas, y afectando en gran medida a los menores de edad que son el sector más vulnerable dentro del núcleo familiar, por tanto es necesario que la sociedad, el Estado y la familia cooperen y trabajen en unidad para satisfacer las necesidades y proteger los derechos de los menores al interior de la sociedad y de la familia que es su núcleo esencial.

### **1.5 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN ROMA**

Se hace necesario realizar un estudio sobre la comunidad romana organizada como Estado y examinar el organismo de la familia desde sus orígenes, allí donde se forman sus primeras raíces, para de esta forma entender la evolución y transformaciones por las que ha pasado la institución familiar y recorrer cómo se han distribuido a través de la historia las responsabilidades entre la familia, la sociedad y el ESTADO.

Encontrar hoy sólo cómo un remoto recuerdo del modelo de familia tradicional característico de la post guerra consistente en hombre proveedor-mujer cuidadora, a pesar de mantener sus estructuras básicas, hacen del estudio al interior de Roma presupuesto indispensable para retomar los verdaderos orígenes y causas de generación, desarrollo y evolución de la familia desde su concepción, pasando por sus transformaciones, hasta llegar a una definición cercana a lo que actualmente se puede encontrar de la misma.

Es de tal relevancia este antecedente histórico, que nos permitirá reconocer las verdaderas causas de la formación de los sistemas de seguridad social y a su vez del surgimiento de una corresponsabilidad de la familia, el Estado y la sociedad, como una tríada determinante en el bienestar de los individuos; Téngase en cuenta que fue desde Roma donde se crearon los primeros cimientos de los sistemas de beneficencia y con el paso del tiempo la organización misma le ha otorgado al Estado ciertas responsabilidades para con sus individuos, y de esta forma el ESTADO actualmente se ve obligado a crear nuevas políticas sociales ajustadas a la realidad y que suplan las nuevas necesidades crecientes.

Dentro de estos antecedentes históricos en Roma el tratamiento que se daba a los menores al interior de la organización, también constituye herramientas esenciales que permiten determinar la intervención del Estado en su protección, es decir la corresponsabilidad que de este surge frente a este grupo de la población que por lo general a lo largo de la historia ha gozado de garantías por lo menos jurídicas aunque no reales, esto por su vulnerabilidad.

## 1.6 HISTORIA DE LA FAMILIA EN ROMA

La familia desde sus principios antes conocida como “la sociedad doméstica”, hoy reconocida en nuestra Constitución Política como la célula de la sociedad nos permite evidenciar y descubrir las primeras organizaciones en la humanidad además de constituirse históricamente en un presupuesto o un antecedente de la conformación de la corresponsabilidad.

La base de la sociedad romana fue la familia, la familia integrada en la *gens*, Todos los romanos pertenecían obligatoriamente a una *gens*, a una tribu. Si ya estaban inscritos en una en ella permanecían hasta su muerte, si eran libertos, esclavos manumitidos a los que se concedía la ciudadanía romana, eran inscritos en el registro de tribus y se les asignaba una. Siendo base esencial de la sociedad romana, la familia se encontraba perfectamente reglamentada, debido al orden que caracteriza a los romanos.

Para los romanos la sociedad doméstica o familia natural “es una institución que tiene por objeto el orden ético en las relaciones entre los dos sexos, la procreación y la educación de los hijos”.<sup>10</sup> La familia es considerada más como una institución social que jurídica ya que sus relaciones domésticas son reguladas por la moral, la costumbre, la religión y el derecho, y predominan las reglas sociales entrando en conflicto en algunas situaciones con las normas jurídicas por lo que tienden a desaparecer dentro de la familia natural, por ello puede concluirse que la familia es una figura más social que jurídica. Esto tiene como explicación que la sociedad doméstica no vive dentro del Estado sino en la sociedad romana, y quien tiene allí el poder no es el magistrado sino el pater familias.

En Roma las familias aparecen como “grupos de personas, unidas entre sí por el hecho de estar sometidas a la potestas absoluta de un solo jefe”(Volterra. Pág. 100), también considerada por Bonfante como “un organismo político que tenía las mismas finalidades y caracteres del Estado, y como tal, realizaba sus funciones” además para él esta organización surge por razones de orden y defensa.

Esta comparación de la familia con el Estado surge por varias razones, la primera por los poderes del pater familias que se asemejan a los poderes del jefe en un grupo político, también se asemejan los elementos estructurales del grupo ya que se entra a formar parte de la familia de la misma forma como se entra a formar parte de el Estado, esto es: o por nacimiento de un miembro de la misma o sometiéndose a la potestad del pater familias perdiendo todo vinculo al que antes pertenecía (adoptio). Así mismo el carácter de exclusividad que requiere el

---

<sup>10</sup> BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Madrid: Instituto editorial Reus: 1.965. p. 179.

pertenecer a un Estado, tampoco puede pertenecerse a dos familias diferentes a la vez.

La herencia del Estado romano tiene semejanza en que el pater familias designa su sucesor en lo que podría llamarse dentro del Estado al próximo soberano.

La familia al igual que el Estado tiene su propio culto, tribunales propios, normas consuetudinarias propias, de esta forma se evidencia la naturaleza política del grupo familiar.

Según lo establece Bonfante, la autoridad política del Estado se ejercía sobre los grupos sometidos a ella y no directamente sobre los individuos como hoy lo encontramos, teniendo por límites las autoridades y jefes de los grupos.

Debe anotarse que anteriormente, los juristas romanos no concibieron el organismo de la familia como autónomo sino que se regía por el ordenamiento jurídico de la civitas (ciudad), por tanto esta institución sólo se reconoce en la medida en que se someta a las leyes de la misma.

En la época de la monarquía según los escritos de Fabio Espitia Garzón, el concepto de familia se restringió a la *proprio iure* en la que el padre como varón ejercía su poder sobre sus hijos y su descendencia por vía masculina. Las XII tablas confirmaron el derecho a la vida y la muerte cuya única limitación para este poder paterno era la pérdida de la patria potestad con ciertas condiciones.

Para comprender esta institución jurídica Bonfante, expone las condiciones que modifican la capacidad jurídica, en donde se encuentra el ser persona *sui iuris* o *alieni iuris* refiriéndose al ordenamiento de la familia romana, siendo *sui iuris* la persona independiente del poder familiar romano que sería el paterfamilias aunque no tenga sujetos subordinados; mientras que *alieni iuris* son las personas sujetas al poder del pater familias a su potestad.

El *status familiae* del ciudadano romano por otra parte significa entonces la posición que tiene en relación con una familia, refiriéndose a la capacidad jurídica del ciudadano dentro del derecho romano y según el ordenamiento estatal romano, mientras que en el derecho público no tiene importancia pues se reconoce al ciudadano romano su capacidad jurídica independientemente de su posición dentro del núcleo familiar.

Dentro de este contexto, el *status* indica el hecho de hacer parte de una familia romana y el vínculo que los enlaza es llamado la agnación, y la cognación como el vínculo de sangre constituido por la descendencia del jefe de familia.

## 1.7 ESTRUCTURA FAMILIAR EN ROMA

Dentro de esta importante institución existía una estructura con el *paterfamilias* a la cabeza, y se formaba parte de ella por nacimiento o sometiendo al poder del *paterfamilias* mediante otro tipo de actos jurídicos como por ejemplo la *adoptio* al salir de una potestad e ingresar a otra perdiendo todo vínculo con su familia consanguínea, es decir de la misma forma que se entraba a formar parte de Estado., aquí se encuentra también la potestad sobre la mujer o *manus* que suponía un matrimonio aunque con un vínculo informal del mismo.

Cada unidad familiar constaba de un *paterfamilias* o padre de familia bajo cuya autoridad y tutela se hallaba la esposa, los hijos, los esclavos de su propiedad y los clientes, si la familia era lo bastante importante como para tenerlos.

El *Paterfamilias* era el dueño legal del hogar y de todos sus miembros, al existir en una sociedad patriarcal típica de la época, él era el que trabajaba para sostener la casa y tomaba las armas en caso necesario para defenderla y por tanto era la pieza sobre la que giraba toda la familia. Era él el que tenía la responsabilidad de dirigirla de manera adecuada sus intereses no sólo dentro de la propia unidad familiar, sino de la *gens* a la que pertenecía y a la que estaba unida por vínculos sagrados.

Este jefe de familia hace referencia a un individuo que es independiente económica y socialmente. Por ello es *sui iuris*. Así el derecho de la *civitas* según Bonfante reconoce que los individuos libres y los ciudadanos romanos que forman parte de la familia están sometidos al poder de este.

Además es la máxima autoridad familiar gracias a la *Patria Potestad* de que dispone, por la cual él es la ley dentro de la familia y todos los demás miembros deben obediencia a sus decisiones. La *Patria Potestad* no fue sólo un hecho jurídico reglamentado, sino, como todo en Roma, una consecuencia de la Tradición que los romanos seguían por considerarla sagrada. Gracias a ello, el *paterfamilias* tenía poder legal sobre todos los miembros de su familia además del poder que le daba ser su mantenedor económico o su representante ante los órganos políticos de Roma.

Los ciudadanos libres sujetos al poder del *paterfamilias* (*patria potestas*) son llamados *filifamilias*, pueden entrar extraños que fueran adoptados y esclavos. Se caracterizan por ser *alieni iuris*. Dentro de esta categoría entran los hijos biológicos por así llamarlos, adoptivos, hijas y esclavos.

La *patria potestas* llegó a ser un poder tan amplio que abarcaba hasta la vida y la muerte aunque con el tiempo se fue limitando en forma progresiva; respecto a los asuntos patrimoniales, sólo a los individuos reconocidos como *paterfamilias* se le

reconocía la plena capacidad jurídica y plena capacidad de obrar<sup>11</sup>. Mientras que a quienes están bajo su poder (filii familias, alieni iuris) no se les reconoce ningún derecho patrimonial dentro del ordenamiento romano, y sobre los filii familia Bonfante sostiene que se encuentra en una situación paralela a la del súbdito, que no puede obligar al Estado de que es miembro pero puede conquistarle territorios y obtener ventajas con su trabajo.

El poder lo ejerce el pater familias sobre los miembros de la familia como son: la mujer, los hijos, los esclavos, las personas que se encuentran bajo su potestad por venta o por reparar un daño.

La cohesión de este grupo social determinaba ciertas reglas, y así el poder del pater familias se le reconocieron actos de auto justicia en ciertos casos, como la posibilidad de tomar cosas del deudor como garantía hasta que pague o cumpla con su compromiso.

De esta forma el pater familias era el único que podía ser titular de derecho patrimonial. Todo lo que el filius familias adquiriera por negocios que él realizara o por disposiciones de terceros a su favor, se integraban en el patrimonio del pater familias.

Esta situación cambió cuando se implantó el régimen de los peculios. Éste era una masa de bienes o de dinero que el pater familias solía ceder al filius o al esclavo para su disfrute y administración.

Más adelante se ve como el concepto de familia en la que el padre tenía poder pleno sobre su descendencia tuvo que enfrentarse a situaciones de tipo económico y social que afectaban su entorno de tal forma que se comenzó a reconocer cada vez más la capacidad comercial del hijo, y por tanto una capacidad patrimonial relativa, por ello al hijo se permitió que el pater le diera algunos bienes para la administración.

Por tanto durante la época de Justiniano se modifica el régimen de los peculios. En este tiempo se declaraba propiedad del filius familias todos los bienes que adquiriese de cualquier medio y de cualquier procedencia con sólo dos excepciones: los bienes que adquiriera con dinero del pater y los que sean entregados por un tercero con gratitud al padre.

---

<sup>11</sup> VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de derecho privado romano. Editorial civitas S.A. 1.986. P. 103.

Tanto el filius familias como los demás sometidos al pater familias tenían capacidad negocial o de obrar aunque era un instrumento del pater familias de modo que todo lo adquiriera revertía en el patrimonio del pater familias.

Se evidencia entonces el poder que dentro de la familia poseía el pater familias, de la misma forma su responsabilidad para con los miembros de la misma, pues es la cabeza y quien determina tanto la forma de organización familiar como quien se encarga de proveer el hogar en aquella época.

## 1.8 LOS IMPÚBERES E INFANTES EN ROMA

Dentro de este desarrollo histórico se hace necesario resaltar también el tratamiento que se daba a los menores de edad, siendo uno de los temas centrales que busca esta investigación.

Según los estudios hechos sobre Roma en cuanto a la edad, pues era un aspecto que modificaba que capacidad jurídica, se hace la distinción entre impúberes y púberes, definiendo como púberes a quienes han alcanzado un desarrollo físico que los hace aptos para la generación, presumiéndose de esta forma que ha obtenido un desarrollo intelectual a su vez.

Allí se juzgaba su condición de púber o impúber mediante un análisis físico, y las distintas corrientes variaban los requisitos para diferenciar esta categoría en edad de doce años, otros en catorce y otros exigían simultáneamente la edad y un desarrollo físico necesario según ellos realizando un examen físico en cada caso; Justiniano puso un límite de doce años para la mujer, catorce para el hombre finalmente como criterio para determinar los menores que son jurídicamente púberes. Se muestra como los impúberes son aquellos que no han alcanzado la edad en que se es capaz de engendrar (pubertad).

Como lo afirma Volterra, tienen capacidad jurídica, pero no tienen la capacidad de obrar, y para suplir esta incapacidad debe existir un tercero que ejerza la tutela de los impúberes con la función de la protección sobre ellos a fin de hacer posibles las relaciones jurídicas de que es incapaz.

Entre los impúberes se encuentran los infantes, es decir los menores de siete años, y más tarde Salvio Juliano distinguió entre los próximos a la infancia y los próximos a la pubertad, en donde la capacidad de obrar del infante es totalmente nula. En cuanto al impúber que ha pasado la infancia tiene restricciones como la de contraer matrimonio y hacer testamento pero los demás actos jurídicos si le están permitidos realizarlos sólo si su voluntad se completa con el consentimiento dado por el tutor (autoritas) y todos sus actos en beneficio propio se cumplen sin necesidad de la autoridades, de todas formas se hace responsable por sus actos delictivos.

En la edad púber, que era lo que hoy denominamos como jóvenes el desarrollo comercial y cultural amenazó con pena pública a aquel que al contratar con un menor de veinticinco años sólo sobre la base del perjuicio causado al menor sin llegar a determinar en ningún momento otros elementos como el dolor<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Op cit p. 57.

## 1.9 PROTECCIÓN A LOS MENORES EN ROMA

Fabio Espitia Garzón expone que las personas pueden ser sujetos de tutela o curatela según tengan capacidad jurídica para obrar; por las incapacidades que provienen de la edad, el sexo o ciertas condiciones psicológicas que hacen difícil o imposible comprender la naturaleza de sus actos.

Con estas denominaciones aparecen figuras como la tutela (impúberos, mujer) y la curatela (locos, furiosos, pródigos ó interdictos, menores) son dos poderes sobre las personas con respecto a los actos patrimoniales. La función de la tutela que es eminentemente protectora y tiene relación directa con la herencia, en roma la herencia era la designación de un de un sucesor en la potestad soberana de la familia. *BONFANTE*. así a quien se llamó tutor en sus orígenes era el nuevo jefe que regiría la familia romana y designado por el paterfamilias fallecido.

La representación y la educación del impúbero se confía a la madre o a los parientes próximos estando excluida del concepto de tutela, por tanto el tutor se obliga a si mismo sin comprometer la responsabilidad de su pupilo. Son tutores legítimos los agnados, los patronos, lo hijos del patrono y el paterfamilias.

Para ejercer la tutela son declarados capaces por los senado-consultos los locos los mudos y los ciegos, los soldados del ejército activo, los menores de 25 años. La tutela termina cuando el pupilo llega a la pubertad.

Es relevante entender que la tutela de los impúberos es una institución de protección desarrollada como un oficio oneroso y público con una determinante injerencia por parte del estado, por ser quien atribuye este oficio y vigila su eficaz y cabal gestión, por tanto más que un derecho viene a configurarse como un deber “obligación de administrar el patrimonio del impúbero e integrar su voluntad en los negocios jurídicos con la propia intervención en el acto”.<sup>13</sup> De esta forma los deberes del tutor y la defensa de los pupilos aumentaron con la intervención del estado al velar por la protección de los menores o impúberes en aquella época, así se permitieron acciones populares contra el tutor que actuaba mal con la gestión que ejercía, por malversaciones o fraudes, más adelante los curadores de los impúberos.

Esta protección varía según la edad, por ello los deberes del tutor dependen en gran parte de si el pupilo es más o menos infante; este termino de infante es definido por el derecho clásico basándose en un criterio físico, aquel que no sabe hablar todavía (incapaz físicamente de entender y querer), mientras que para el derecho justiniano es el menor de siete años (capacidad limitada de entender y querer). Así, el impúber que sale de la infancia puede realizar válidamente los

---

<sup>13</sup> Ibid p. 221

actos que traigan como consecuencia hacerle adquirir derechos pero no aquellos que hagan empeorar su condición o que hagan surgir obligaciones a su cargo<sup>14</sup>.

El tutor tenía la posibilidad de autorizar (auctoritas) para algunos actos de disposición.

La tutela entonces se presenta como un poder sobre los impúberes y las mujeres, y un derecho del tutor sobre los pupilos, así entre las funciones que le corresponden y que además son atribuidas a este por el estado al tutor se encuentra la gestión de los bienes del pupilo y el responsable jurídicamente por estos actos es el tutor, además según las gestiones podía ser acusado ante los magistrados, en las XII tablas se permitía también la acción privada penal, y en la evolución de esta figura se hizo posible que el tutor rindiera cuentas a su pupilo; Con el paso del tiempo las funciones del tutor se fueron limitando progresivamente otorgando más derechos al pupilo.

En el año 191 a. C, en Roma como otra forma de protección, se realizaba un juicio público contra los púberes menores de Veinticinco años que aprovecharan la ventaja de su inexperiencia, sin realizar actos propiamente dolosos y en sus relaciones patrimoniales hubiesen usada alguna clase de trampa, además se estableció una acción penal contra quien se lucra con la inexperiencia del púber menor de veinticinco años, y en contra el tutor que llevaba a cabo malversaciones o fraudes contra el patrimonio del pupilo, en provecho propio, al ser considerado este acto como un crimen de carácter público, siendo acusado de este por cualquier persona que tuviera conocimiento de este hecho

Por ejemplo, si un mayor celebraba un negocio con el menor de veinticinco, sólo el mayor estaba obligado a su cumplimiento pues el menor podía rescindir el negocio o sustraerse al cumplimiento del mismo con las acciones y excepciones que el ordenamiento jurídico de la época brindaba, estos medios procesales los protegían pero limitaban su capacidad de obrar por que los mayores evitaban realizar negocios jurídicos con tantas desventajas. Para darle mayor capacidad de obrar y más confianza en sus relaciones patrimoniales se permitía en sus negocios el nombramiento de un curador que actuaba exclusivamente dentro de los límites que el encargo le imponía en determinado negocio jurídico, pero no podía entrar a la administración de los bienes del menor; MARCO AURELIO fue uno de lo precursores al designar curadores permanentes para estos menores con el fin de que den su consentimiento a los actos de disposición del menor y con la posibilidad de actuar por él.

La curatela por su parte, y según lo establece Bonfante apareció en el año 191 a. d c, se denominaba La cura minoris, es decir, de los menores de veinticinco años.

---

<sup>14</sup> VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de derecho privado romano. Editorial civitas S. A. 1.986. p. 128.

En un principio el curador debía ser requerido por el menor, interviniendo en actos aislados o como garantía moral para los terceros. En derecho clásico el curador de los menores no fue un administrador como tal,; mientras que más adelante y con el paso del tiempo “mientras por una parte el menor sujeto a curatela tiene limitada lo mismo que los pupilos su capacidad de obrar, por otra recíprocamente el curador se hace administrador general y obligatorio para todos los menores”<sup>15</sup> en consecuencia su intervención toma un carácter más firme y jurídico análogo a la *autoritas* (asistencia o consentimiento a los actos del menor) del tutor, el consentimiento del tutor hace que los actos sean válidos en derecho. Con la evolución histórica y exactamente en la época romano-helénica estas dos instituciones, esto es la tutela y la curatela aunque distintas en su origen, se habían convertido prácticamente en una misma institución, pues se acostumbraba a equiparar estas dos figuras.

### **1.9.1 Relaciones que surgieron al interior de la familia romana**

Como consecuencia de este grupo de personas que se encuentran dentro del esquema familiar y debido a las relaciones que entre los mismos surgen se encuentra el término de “filiación” que significa la generación de una persona física por la unión de un hombre y una mujer y las relaciones de filiación nacen recíprocamente entre los progenitores el engendrado como consecuencia de la concepción y el nacimiento según Volterra.

De esta forma con la palabra *pater* se designa al progenitor, en aquella época se diferenciaba entre el progenitor legítimo como “*pater familias*”, y el ilegítimo “*pater naturales* (hijo adoptivo). *Parens* era llamado a cualquier ascendente, incluso del sexo femenino.

Dentro de los descendientes que se encuentran los hijos, y en este caso algunos menores, que es lo que interesa en la investigación, para ellos se utilizaba el término *fili*,

En la familia de tipo arcaico caracterizada por su perpetuidad quien la mantiene cohesionada es el *pater familias*, por tanto en analogía con el estado tal como el monarca es vitalicio igualmente una vez muerto el *pater*, la familia se divide en tantas como *filius familias* varones hay. Éstos mantienen los unos con los otros un vínculo que es la *agnatio*. Las relaciones y el nacimiento del parentesco *agnaticio cognaticio* permitió establecer la identidad de la *gens*, que se caracterizaba y giraba en torno a su eje político, actuando desde el centro de la familia el *pater familias*, esta entre otras responsabilidades.

Es en este contexto donde aparece la obligación de dar alimentos que se predica de los parientes y entre más cercanos más fuerte la responsabilidad, y surge en

---

<sup>15</sup> Op cit p. 232.

un entorno similar al actual, es decir, aparece con la desaparición de la familia como se concebía en un principio (familia nuclear), con la constante pérdida de poder del pater familias y el incremento del poder que les corresponde a los demás miembros de la institución, específicamente de la mujer al surgir la posibilidad de ejercer las acciones judiciales existentes también en contra del padre, lo que deriva su responsabilidad frente a los miembros de la familia.

Cabe recordar que la familia clásica (Talamanca 1990-Pugliese 1986), el pater familias tenía el derecho a la vida y la muerte sobre sus hijos se vió afectada por un debilitamiento de la potestad de pater, pues se reconoce la capacidad negocial de sus hijos, que tenían ahora la capacidad de actuar incluso contra el *pater*, a quien sus poderes y atribuciones fueron perdiendo fuerza incluso cediendo algunas a la madre (Espitia 2005).

Para entender los vínculos existentes dentro de la familia es necesario determinar los modos de entrar a formar parte de una familia romana:

a) Nacimiento. El que era engendrado en matrimonio por legítimo varón fuera pater o filius. Era legítimo o *iustus* el que nacía después de 182 días de la celebración del matrimonio y antes de los 300 de su disolución.

b) *Conventio in manu*. Era el acto por el que la mujer entraba a formar parte de la familia del marido rompiendo todo lazo con su familia originaria.

c) *Adoptio*. Se trata de un individuo *alieni iuris*. Era el acto por el que un individuo se integraba en una familia romana al someterse como filius a la patria potestad del pater familias. Tenía dos formas: *Adoptio plena*. Es la que se llevaba a cabo por un ascendiente del adoptado. El filius se desligaba totalmente de su familia originaria y se hacía miembro de la nueva familia.

- *Adoptio minus plena*. El hijo quedaba bajo la potestad de su padre natural y adquiriría un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante.

- *Adrogatio*. Cuando se trataba de un individuo *sui iuris*. Implicaba la absorción de una familia por otra. El arrogado y los sometidos a su potestad pasaban a encontrarse bajo la potestad del arrogante que también adquiriría su patrimonio.

El ordenamiento jurídico de aquella época según los escritos de Volterra, determina unas consecuencias jurídicas debido a esta relación de filiación como el heredar la ciudadanía romana del padre y su estado de hombre libre, la atribución del padre ciudadano romano de la patria potestas sobre sus hijos, la prohibición de estos a intentar acciones infamantes contra los padres igual que se castigan fuertemente las lesiones e injurias contra los padres; Así mismo surgen obligaciones recíprocas entre ellos no pueden darse testimonios contrarios, la obligación de darse alimentos entre ellos en caso de pobreza o incapacidad para

trabajar, esta obligación se cumplía proporcionalmente a la capacidad económica del obligado, comprendiendo no sólo lo que es necesario para la vida del menor sino también su educación conforme a su rango social.

### **1.9.2 Desarrollo de la corresponsabilidad del estado**

Con el surgimiento de nuevas figuras y la evolución de la familia romana, esta llega hasta el punto de desaparecer con el tiempo al quedar disuelta por el estado; El estado interviene para regular las relaciones del grupo familiar imponiendo normas jurídicas para su cumplimiento por lo que se transforma esta institución a medida que se desarrolla. Sin olvidar que el concepto de familia fue reservado al grupo familiar romano.

La obligación alimentaria que data de Roma es un importante antecedente dentro de las responsabilidades de carácter solidario que con el tiempo se llegan a desencadenar directamente sobre familia, la sociedad y el estado; con mayor relevancia dentro de las necesidades que el menor requiere para su subsistencia y para gozar de una vida digna, estas exigencias se acentúa dentro de lo que podría llamarse el Estado Social de derecho.

Tanto Trajano como Adriano y otros, organizaron sistemas de beneficencia. Roma entonces ofreció un servicio público que consistía en una distribución de víveres que era impuesta por tradición, protección a los huérfanos y a los jóvenes, esto podría ser una copia de lo que en las provincias acostumbraba a hacerse, y es que allí las grandes familias con capacidad económica solían ayudar a los humildes, sin ninguna presión únicamente con la voluntad de hacer caridad. “No pensemos que todo fuese puro cálculo, que los emperadores pensasen comprar, por medio de regalos, la sumisión popular: Tal cosa equivaldría a sostener que todo régimen político-social que se preocupa de evitar con el máximo esfuerzo la mayor cantidad posible de sufrimientos, no lo hace más que para asegurarse partidarios. El principio de la distribución de víveres a los indigentes había sido inspirado a los Gracos por su consejero, el estoico Blossius de Cumas, que distaba de ser un político demagogo. Pero se encontraba justo y humano repartir por lo menos una parte de los frutos de la conquista entre los ciudadanos, aunque fuesen libertos de fecha reciente.”<sup>16</sup>

Estos emperadores en Roma dentro de su política trabajaron por la seguridad social; Nerva por ejemplo, inició programas de protección a los pobres creando un fondo a favor de estos, y distribuyendo tierras a las clases menos favorecidas mediante la reforma agraria que impulsó, además del sistema alimentario de asistencia estatal que fomentó en Roma dirigido a personas pobres.

---

<sup>16</sup> GRIMAL, Pierre. la civilización romana. vida, costumbres, leyes, artes. Paidós. 1999. P. 281-282.

Entre los sucesores de Nerva, en este caso Adriano se preocupó dentro de sus políticas por enfatizar este tipo de ayudas a la infancia y Antonio Pío durante su mandato.

Con este antecedente puede evidenciarse que esta obligación de dar alimentos se había configurado en la historia ya dentro de lo que podría llamarse un régimen de bienestar como lo afirma Grimal *“la verdad es que la obligación alimentaria habría surgido cuando ya el estado había consolidado un sistema de seguridad social que hacía corresponsable al estado (grimal 1999).*

Con esta información, es posible establecer que al aparecer la seguridad social en la historia y simultáneamente hacerse el estado corresponsable, comienzan a surgir obligaciones tendientes a la protección de la sociedad en general, así de los grupos que la integran como la familia y a su vez de esta en su interior, esto es de sus miembros, con un especial trato a quienes dentro de ella se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad “los menores”, en efecto tanto la familia, como la sociedad y el estado mismo comienzan a tomar responsabilidades y a suplir cada una de las necesidades que requieren las personas que la integran. Podría decirse que es una responsabilidad residual: la familia suple necesidades de sus miembros hasta su capacidad, al sobrepasarse esta entra el estado como directamente responsable de la sociedad en general.

La familia tradicional, es decir, el modelo clásico de tipo patriarcal caracterizado por la solidez y estabilidad en su forma, con el tiempo se ve afectada haciendo que esta se sobreponga a la asociación de personas, tal como Bonfante lo consagra en sus escritos “la familia natural de la época monárquica y republicana termino por convertirse en mera familia jurídica para la época clásica”<sup>17</sup> En efecto la obligación alimentaria viene a surgir en la familia jurídica por lo que las relaciones que de ella surgen se constituyen en un vinculo meramente jurídico e institucional, cuya existencia es independiente de cualquier sentimiento a nivel familiar.

La sociedad se convirtió en la encargada del sostenimiento del individuo, papel que la familia le cedió con su consecuencial desaparición y pasando a ser esta institución simplemente un puente entre la sociedad y el estado.

Dentro de las normas que regulaban la obligación alimentaria existía la condición de que el deudor tuviese la capacidad de dar alimentos, y el acreedor por su parte debía necesitarlos, además si el deudor carecía de la capacidad económica para solventar la obligación era el ESTADO quien la suplía mediante el sistema de seguridad social que ya existía en aquella época dentro de cuyas funciones se

---

<sup>17</sup> BONFANTE, Pedro. Instituciones de derecho romano. Madrid: Instituto editorial Reus. 1.965. P. 179.

encontraba atender las necesidades de los pobres, huérfanos y especialmente de los menores.

Con esta distribución de responsabilidades a lo largo del tiempo el individuo era en un principio responsabilidad de la familia (a más proximidad mayor responsabilidad), que después de su desaparición como modelo nuclear dio paso a una responsabilidad por parte de la sociedad y finalmente el ESTADO entra dentro de este esquema actuando como deudor corresponsable, Así surge una corresponsabilidad que se predicaba de esta tríada “familia, sociedad, estado”.

Los cambios sufridos por las instituciones debidos al tránsito entre la época arcaica a la clásica, se configuraron debido a las transformaciones sociales, económicas y políticas entre ellas: la consolidación imperial, concentración del poder en un príncipe, la apertura económica acompañada de la producción a gran escala, el incremento en la demanda de mano de obra esclava para lograr mantener los medios de producción, así en medio de esta transformación económica apareció el fenómeno del desempleo (Espitia 2005).

Como consecuencia de estas circunstancias de tipo económico, social y político especialmente las modificaciones en la institución familiar , esta última surgida en la gens ya tenía pocas posibilidades de coexistir, pues crecía la necesidad de mano de obra, pero si un individuo pertenecía a una familia no podía entonces vender su fuerza de trabajo ya que la institución familiar suplía sus necesidades, de esta forma se entraba a formar parte de ella ya por conveniencia evitando estas formas de trabajo, pero esta familia estaba propensa a desaparecer en el momento que sus miembros estuvieran suficientemente preparados con su fuerza de trabajo para abandonar la institución y salir de ella en busca de su propio futuro.

Ahora las familias para satisfacer sus necesidades dependían de quien vendiera su fuerza de trabajo, generalmente el hombre que aún era el jefe de hogar, pero aparecen nuevas situaciones de individuos en riesgo por falta de medios para vivir, entre ellos se encuentran quienes no tenían fuerza de trabajo y quienes eran arrojados a la sociedad sin que esta les proporcionara medios para sobrevivir.

Estas personas no podían quedar abandonadas por lo que se obligó a los familiares a sostener a quienes necesitaban mientras tuvieran la capacidad de hacerlo, y si se carecía de esta capacidad era el ESTADO el encargado de suplir esas necesidades debido a la capacidad corresponsable que se le atribuía.

Puede concluirse entonces que la obligación alimentaria como un importante antecedente y causa del surgimiento de la corresponsabilidad del estado, nace respondiendo a las nuevas exigencias del contexto político, social económico y particularmente familiar de la época, es decir en la familia arcaica soportada en una monarquía, caracterizado por la rigidez no se encontró ningún dato que se mostrará la aparición de la obligación alimentaria, mientras que con la evolución

histórica, más exactamente en el seno de una sociedad más moderna en aquella época, con el poder en cabeza del príncipe pero de forma desconcentrada, en donde ya se contaba con la existencia de un sistema de seguridad social a favor de los más necesitados nace la obligación alimentaria exigida en un principio a los parientes más cercanos y en caso de imposibilidad esta responsabilidad se consolidaba en cabeza del ESTADO como corresponsable creándose un nuevo esquema de responsabilidad en el que coexisten la familia, la sociedad y el estado.

## **2. LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA LEY 1098 DE 2.006**

### **2.1 ANTECEDENTES DE LA NORMA**

Han sido muchos los intentos y las iniciativas presentadas en el Congreso tendientes a reformar el código del menor, por tanto, es preciso retomar estos antecedentes al interior de nuestro órgano legislativo:

- 1994- Se crean dos comisiones interinstitucionales para adecuar la legislación interna a los principios de la convención, su trabajo no tuvo ningún tipo de desarrollo legislativo. En este trabajo ya se hablaba de una reforma integral al código del menor, recibió la oposición de los dos sindicatos del ICBF.

En dichas comisiones se identificaron los temas considerados como de mayor relevancia, entre los cuales se destacaron los siguientes: La implementación de un Sistema Nacional de Bienestar Familiar; el fortalecimiento del ICBF; la necesidad de introducir reformas a la institución de los Defensores de Familia y de su fortalecimiento; la adecuación de la figura de la adopción; la incorporación de nuevas regulaciones respecto del trabajo infantil; la necesidad de introducir nuevas funciones a las Comisarías de Familias y el tratamiento al menor infractor.

- 1995- Se crea al interior del Ministerio de la Justicia una comisión asesora para la revisión y la reforma del código del menor, se presenta el proyecto de reforma al Congreso pero debido a la presión de los sindicatos y de algunas ONG's se archiva en primer debate.

- 1998- La defensoría del pueblo, convoca a 14 instituciones del Estado y de la sociedad civil, para trabajar en torno a un proyecto de responsabilidad penal juvenil, auspiciado por la UNICEF, el documento fue tomado por el Ministerio de Justicia y tras algunos cambios es presentado al Congreso en el año 2001.

- 2001- Es presentado por el Ministerio de Justicia el proyecto de ley 127 de 2001 Cámara el cual tras primer debate en comisión y ponencia favorable, es archivado por términos y por la presión del sindicato del ICBF y de la Comisión Colombiana de Juristas.

- 2004 Se presenta el Proyecto de ley 032 de 2004 Senado, se presenta ponencia favorable pero demasiado tarde, razón por la cual se retira de la Comisión I de Senado

Con esta exposición cronológica es claro que el antecedente más reciente que encontramos es el Proyecto de Ley Estatutaria No. 32 de 2004 Senado. Iniciativa que fue producto del trabajo de algunos congresistas y la Alianza por la Niñez Colombiana, integrada por el ICBF, UNICEF, UNODC, Save The Children International, OIM, OMS-OPS, OIT-IPEC, la facultad de psicología de la Universidad Javeriana, el Observatorio de Infancia de la Universidad Nacional, entre otras destacadas entidades y organizaciones. El proyecto, que contenía un extenso articulado —con más de 500 disposiciones—, recibió ponencia favorable para su primer debate en la Comisión Primera del Senado. Pero también se retiró por sus autores, debido a la falta de tiempo para su aprobación y debate en la correspondiente legislatura, esto por que en su momento se decidió darle el trámite correspondiente a las leyes estatutarias.

En el momento del retiro de este proyecto algunos de los autores y ponentes dejaron constancia de su compromiso de presentar una nueva iniciativa sobre este tema específico, así se radicó nuevamente el proyecto de ley que hoy se convirtió en ley de República con algunas modificaciones. Para la preparación y discusión del proyecto en mención se hizo necesario vincular además de los congresistas y las instituciones mencionadas anteriormente, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Policía de Menores y la Asociación de Defensores de Familia del ICBF, entre otros. De acuerdo con los autores de esta iniciativa se buscó estructurar una norma que conservara los objetivos y concepciones jurídicas que inspiraron el Proyecto de Ley No. 32 de 2004, por lo que se conservan características y bases esenciales de este antecedente legislativo.

De esta forma se presentó ante la Cámara de Representantes el Proyecto de Ley Estatutaria No. 085 de 2005 Cámara – 215 de 2005 Senado “Por la cual se expide la Ley para la Infancia y la Adolescencia”, que fue acumulado al Proyecto de Ley No. 96 de 2005 Cámara “Por la cual se expide el código de la niñez y la juventud, que subroga el decreto 2737 de 1989, Código del Menor”, presentado por el Representante Marino Paz Ospina. En la ponencia presentada a la Comisión Primera de la Cámara para el primer debate de las iniciativas acumuladas, se propuso tomar como base de la discusión el texto y la estructura del primero de los proyectos referidos, por ser su contenido más amplio y de mayor alcance, al incluir no sólo un régimen completo de protección integral para las personas menores de edad; por tanto se introduce la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el estado como actores solidariamente responsables de brindar una verdadera protección a los menores al plasmarse la teoría de la protección integral y ya no la de la situación irregular del menor; es decir la protección que esta tríada debe brindar es permanente y en toda situación ya no en circunstancias taxativamente estipuladas; También se incluyen, las disposiciones que definen las pautas del sistema de responsabilidad penal para adolescentes y niños y niñas

Víctimas de delitos, que se ha considerado un componente fundamental de cualquier normatividad que busque avanzar en el tratamiento de las variadas problemáticas de la niñez y la adolescencia en Colombia.

Luego de siete debates finalmente se aprobó este proyecto como Ley de la República convirtiéndose en el nuevo código de la infancia y la adolescencia fijándose disposiciones para la protección de los menores en Colombia.

La iniciativa de reformar el Código del menor, como se puede evidenciar en esta exposición data de gobiernos anteriores como el de Andrés Pastrana Arango, que en una respuesta del gobierno de Colombia a las observaciones contenidas en el cuestionario del comité sobre los derechos del niño, relativo a la aplicación de la convención sobre la materia, con miras a la sustentación del segundo informe presentado por Colombia en septiembre de 1998, textualmente plantea:

*parte de las exigencias de adecuar dicha normativa a la nueva realidad social, jurídica y política del país. En efecto, el actual Código del Menor, Decreto 2737/89, no interpreta los principios constitucionales consagrados en la Carta Fundamental de 1991, entre los cuales se destaca el relativo al interés superior del niño, ni está acorde con los instrumentos internacionales que en la materia han sido desarrollados, en especial con la Convención Internacional de los Derechos del Niño<sup>18</sup>.*

Así mismo, durante el gobierno del ex-Presidente Ernesto Samper Pízano al elaborar el Plan Nacional de Desarrollo concentró las políticas públicas y sociales en el desarrollo humano, proponiéndose entre otros lineamientos, crear una cultura en favor de la niñez"( Ministerio de Justicia y del Derecho, Dirección General de Prevención y Conciliación, Exposición de Motivos del Proyecto de Ley por la cual se expide el Código del Niño que sustituiría el Decreto 2737/89 Código del Menor, 1997, pág. 1[en adelante Exposición de Motivos], pero la situación del niño colombiano, lejos de mejorarse, o al menos, mantenerse, parecía ir empeorando en los últimos años, esta situación basada en las investigaciones adelantadas por la UNICEF en Colombia además de los informes presentados por la Procuraduría General de la Nación en donde se puede concluir que Colombia es el único País de Latinoamérica que no ha reformado su legislación interna para adecuarla a los principios, preceptos y mandatos que dicta la Convención de los Derechos del niño y otros tratados internacionales ratificados en nuestro país , más aún cuando el 41.5% de la población Colombiana es menor de 18 años, siendo estos derechos prioritarios y atendiendo a las recomendaciones que el Comité de los Derechos del Niño de la Naciones Unidas (informe del Comité de octubre del 2000) que ha manifestado en forma reiterada, su preocupación por la

---

<sup>18</sup> PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Respuesta del gobierno de Colombia a las observaciones contenidas en el cuestionario del comité sobre los derechos del niño, relativo a la aplicación de la convención sobre la materia. Septiembre de 1998.

incompatibilidad que existía entre la legislación Colombiana y los instrumentos internacionales que estábamos en mora de cumplir.

Esto muestra la apremiante urgencia que desde hace muchos años se ha presentado para la reforma de la legislación de la niñez, al citar los gobiernos más actuales que eran consientes de esta inevitable reforma, pues indudablemente, el problema no puede estudiarse en forma aislada, ya que ciertamente las consideraciones sociales, económicas y políticas del país, constituyen un factor determinante de la problemática de la niñez colombiana.

Dentro de tal perspectiva, es evidente que la nueva ley debía tener en cuenta aspectos relacionados con la situación del niño colombiano, a la luz de las disposiciones relacionadas con la materia, y tomando en cuenta el especial deber de protección del Estado en referencia al niño.

## **2.2 JUSTIFICACIÓN, CONVENIENCIA Y NECESIDAD DE LA LEY**

Colombia antes de la aprobación de la Ley de Infancia y Adolescencia era el único país latinoamericano que hasta el momento, no había adecuado su legislación interna conforme a los 12 tratados internacionales que ha suscrito a favor de la defensa de los niños.

Este hecho, hizo que llegaran llamados de atención por parte de la Comisión de los Derechos de los Niños de la Convención de Ginebra, al considerar que en el país, se presentaba una constante vulneración a los derechos de la infancia.

Por ello, con el ánimo de poner la legislación nacional a tono con la normatividad internacional y reformar el actual Código del Menor, vigente desde 1989, una serie de entidades gubernamentales, instituciones del Sistema de Naciones Unidas y ONG nacionales e internacionales, se unieron para construir de manera conjunta un proyecto que además, garantiza el desarrollo integral de la población infantil y adolescente.

Se hacía necesaria entonces la presentación de un proyecto de ley que constituyera una herramienta conveniente para adecuar la legislación colombiana sobre niñez y adolescencia a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, a los principales instrumentos internacionales ratificados por Colombia desde 1991 y, a nuestra Carta Política. Estas convenciones se han encargado de convertir la corresponsabilidad del estado en un principio que orienta la regulación en materia de menores en los países en que se aplica, esto teniendo en cuenta la introducción de la teoría de la protección integral que trae como eje central este principio de corresponsabilidad. En este sentido, el Código del Menor es anterior a la normatividad jurídica mencionada, que consagraba un esquema de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que es ya retrasado y limitado

frente a las nuevas situaciones y regulaciones modernas sobre el tratamiento legislativo que debe darse a las personas menores de edad. Y se habla del aspecto legislativo, pues mientras no se diseñen normas tendientes a una verdadera protección de los menores y a crear políticas públicas en igual sentido, no es posible avanzar en estos aspectos.

Existía además la conveniencia de avanzar hacia un esquema más integral, con el fin también de cumplir Convención sobre los Derechos del Niño, que fue aprobada y ratificada por el Estado colombiano mediante la Ley 12 de 1991. Este tratado establece en su artículo 2.1. lo siguiente:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Así que es claro que el país estaba en mora de aprobar una legislación que se adecuará a este instrumento internacional. A pesar que la Constitución Política dispone que los tratados y convenios que reconocen derechos humanos ratificados por el Congreso, conforman el bloque de constitucionalidad y prevalecen en nuestro orden jurídico, es pertinente reconocer la necesidad de proporcionar las herramientas, a través de ajustes en la legislación, para que esos derechos puedan ser ejercidos de manera efectiva y concreta. El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, como órgano instituido para vigilar la aplicación de la Convención, ha realizado recomendaciones reiteradas en este sentido. En un informe de ese Comité de octubre del 2000, se consigna expresamente su preocupación por la falta de compatibilidad entre la legislación colombiana y principios y disposiciones de la Convención relacionados con la protección integral de los derechos de los niños. Era entonces necesaria la aplicación real de estas convenciones en Colombia cuyo punto de partida definitivamente es la teoría de la protección integral de los menores y en consecuencia el principio de corresponsabilidad de la familia, el estado y la sociedad, pues es justamente este principio una clara diferencia entre la nueva legislación del menor y la vigente anteriormente.

Es preciso señalar que en esta situación de inaplicabilidad en Colombia se encuentran otros instrumentos internacionales vinculantes que son dignos de mención, por reconocer derechos humanos específicos a los niños, las niñas y los adolescentes, y por haber sido aprobados y ratificados por el Congreso de la República. Entre ellos se destacan:

– La Convención de la Haya sobre Adopción Internacional.

- Los Convenios 132 y 182 de la Organización Internacional del Trabajo.
- El Protocolo Opcional a la Convención de los Derechos del Niño que prohíbe la participación de menores de 18 años en conflictos armados y la prestación del servicio militar.
- El Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño contra la prostitución y pornografía infantil.

La expedición de esta ley tiene plena justificación y es de vital importancia para los niños y adolescentes según lo dicho por la Senadora Gina Parody, por las siguientes razones:

a). Porque la legislación del menor antes vigente en Colombia solo regulaba nueve situaciones irregulares a partir de las cuales el Estado dictaba medidas de protección, dejando por fuera aberrantes violaciones a sus derechos como la trata de personas, la tortura, la explotación sexual comercial, la explotación familiar, el desplazamiento forzado o el reclutamiento ilícito de menores de edad.

b) Porque la legislación pasada solamente atendía cerca de 4 millones de menores que tipificaban las situaciones irregulares, mientras que la ley de infancia busca preservar los derechos de 16 millones de personas menores de 18 años.

c) El Código del menor reconoce situaciones de riesgo, mientras que la ley de infancia reconoce derechos generales y actuales que han sido regulados en tratados internacionales que el Estado ha ratificado, tales como los derechos de los niños y niñas a ser protegidos contra: toda forma de violencia, abandono, maltrato, explotación, peores formas de trabajo infantil, abuso sexual, desplazamiento forzado, reclutamiento ilícito, trata de personas, entre otros derechos.

d) La Ley de infancia busca que los adolescentes que cometan delitos respondan ante procesos judiciales que respeten todas las garantías propias del debido proceso y del derecho de defensa. Deberán ser juzgados en un proceso penal de carácter diferenciado al de los adultos, especializado en todas las autoridades que lo apliquen y de carácter pedagógico que forme al adolescente en el respeto por los derechos humanos de los demás. No serán juzgados como adultos y si se requiere una medida de privación de libertad, esta solo podrá ser de hasta 5 años y deberá cumplirse en centros especializados del Instituto Colombiano de Bienestar Familia.

Por lo anterior puede decirse que esta ley según los fines que buscaban los ponentes y autores que lo apoyaban de un lado, busca asegurar las condiciones para el ejercicio de derechos que les han sido reconocidos por la Constitución de 1991 y por instrumentos internacionales ratificados por el Congreso. Y de otro,

consagra mecanismos que posibilitan la protección integral de esos derechos, al establecer mecanismos que definen la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado frente a la materia.

## **2.3 TEORIAS DE LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA**

### **2.3.1 Teoría de la situación irregular:**

El Código del Menor se fundamentaba en la teoría de “la situación irregular” que inspiró las primeras legislaciones del siglo XX sobre la niñez y que se concentra en responder, de manera exclusiva, a los problemas de menores de edad en situaciones de riesgo o de vulneración efectiva de sus derechos. Bajo esta concepción, la legislación para proteger a los niños, niñas y adolescentes sólo opera cuando son víctimas de violencia, de explotación, de inasistencia alimentaria o de abandono, entre otras problemáticas. Se trata de una perspectiva que si bien reconoce la existencia de realidades sociales que afectan a algunos niños y deben ser resueltas; no contempla la protección de los derechos de los menores de edad como una acción sistémica y permanente, en la que concurren responsabilidades compartidas por la familia, la sociedad y el Estado, y políticas públicas de prevención y reafirmación de esos derechos, además de las medidas para atender la población infantil en circunstancias irregulares.

Esta Doctrina plasmada en el decreto 2737 de 1989 (Código del menor), tal como lo manifiesta la Coalición Contra la Vinculación de Niños y Niñas al Conflicto Armado en Colombia, el Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo y la Comisión Colombiana de Juristas, demostró que no cumple con los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos de los niños y las niñas y que no constituye un sistema adecuado para atender la situación especial en que se encuentran cientos de niños a quienes se atribuye la comisión de conductas previstas como delictivas por la ley penal aplicable a los adultos. Este sistema fue creado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Convención de los derechos del niño y por tanto no se encuentra en plena consonancia con las normas y principios previstos en la normativa internacional. Este sistema, prominentemente administrativo, confunde el tratamiento establecido tanto para niños en conflicto con la ley penal como para niños que se encuentran en situaciones de riesgo y que requieren protección por parte del Estado. En este sentido varios organismos internacionales de derechos humanos han recomendado al Estado colombiano, en reiteradas oportunidades, reformar el código del menor con el objeto de armonizarlo con los postulados de derechos humanos y de derecho humanitario.

La Doctrina de la Situación irregular, en el código del menor enuncia de forma taxativa las situaciones en que debe protegerse a los menores así.

“ARTICULO 30. Un menor se halla en situación irregular cuando:

- a) Se encuentre en situación de abandono o de peligro.
- b) Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas.
- c) Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.
- d) Haya sido autor o participe de una infracción penal.
- e) Carezca de representante legal.
- f) Presente deficiencia física, sensorial o mental.
- g) Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción.
- h) Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la Ley.
- i) Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.” Código del menor.

La Doctrina de la situación irregular bastante apartada de los principios con que surge más adelante la nueva concepción de protección integral se caracteriza principalmente por los puntos que se mencionan a continuación:

#### **2.3.1.1-La discriminación:**

Se dividen o diferencian dos grupos dentro de la infancia fundamentado en la mayor o menor relación de la necesidades o problemas entre uno y otro grupo de niños, con este tratamiento diferencial se denominaría entonces a estos grupos, por una parte como los incluidos y por otra los excluidos sociales.

De tal forma que esta doctrina se dirige sólo a una parte de los niños y no a la generalidad de los mismos (niños carentes, abandonados, inadaptados, infractores), tampoco trata todos los derechos como lo afirma Yuri Emilio Buaiz V. Oficial de Derechos del Niño de la UNICEF, sólo se encarga de la protección de los carentes y abandonados así como de la vigilancia y represión para los inadaptados e infractores.

#### **2.3.1.2- La judicialización:**

Se produce el fenómeno de la judicialización cuando conflictos de tipo social que por su naturaleza deben ser resueltos por el estado mediante sus políticas públicas, de forma arbitraria o legal son asumidos por el poder judicial.

Como consecuencia de esta judicialización de los problemas sociales esta teoría de la situación irregular divide a la infancia en dos categorías, la primera es la de los niños que son las categorías sociales privilegiadas según lo establece la

UNICEF, esto es quienes tienen satisfechas sus necesidades y derechos, es decir quienes no tienen problemas y carencias sociales, mientras que el grupo de los menores son quienes se encuentran excluidos de derechos como la educación y la familia, además de ser considerados incapaces sociales motivo por el cual es declarada su tutela por parte del estado.

#### **2.3.1.3-La discrecionalidad:**

Para la declaración de las situaciones irregulares o de las tipologías sociales por así llamarlas, tiende a dársele un poder ilimitado al órgano judicial. Esta libre discrecionalidad judicial produce un efecto peligroso dentro de la sociedad, y es el hecho de convertir en causa judicial cualquier acontecimiento en forma indiscriminada

#### **2.3.1.4- Negación del contradictorio:**

En los procesos para la declaratoria de situación irregular a los menores el derecho universal a un proceso contradictorio (ante un juez imparcial, con igualdad de derechos para las partes, con acceso y uso de actos procesales que permitan desvirtuar, a través de la defensa, las imputaciones que en su contra se discuten), pues para ellos este derecho se encuentra absolutamente vetado, ya que no puede hacer uso de ningún acto procesal de defensa que le permita oponerse, de hecho y con formulaciones de derecho, a la causa que se le imputa. Aquí el juez se convierte en juez y parte a la vez de un proceso.

#### **2.3.1.5-Proceso injusto e Impunidad en la Justicia correccional de menores**

Una de las situaciones irregulares es la de los infractores siendo aquellos que han cometido un delito, pero a diferencia de los adultos estos no gozan de su derecho a un debido proceso al ser considerados como incapaces legalmente.

Además para definir su situación jurídica los adolescentes involucrados en un delito se tiene en cuenta principalmente las condiciones sociales y personales, y quienes tengan estas adversas siempre serán declarados culpables.

Además como lo indica Emilio García Méndez<sup>19</sup> el concepto de "acto antisocial" y la competencia ilimitada de los Jueces de Menores, son dos aspectos que se complementan y refuerzan mutuamente contribuyendo decisivamente a la consideración del menor como un objeto, a veces de la compasión, a veces de la represión". Por lo que es posible que, en estricto cumplimiento de la ley, un

---

<sup>19</sup> GARCIA MENDEZ, Emilio. Foro en el "1er. Encuentro de jueces y procuradores de menores de Venezuela" realizado el día 06 de diciembre de 1996 en la ciudad de Caracas, Venezuela.

adolescente - generalmente perteneciente a los sectores medios o altos - que haya cometido un delito gravísimo y de naturaleza dolosa, no reciba ningún tipo de respuesta por el acto cometido.

Para sintetizar las principales características de la teoría de la situación irregular se dice que los menores que es la categoría divisoria de los niños que por su condición no tienen cubiertos los derechos sociales básicos, además de no tener derechos ciudadanos se denominan menores al ser declarados en situación irregular, en consecuencia incapaces de ser ciudadanos, por su propia condición de pobreza.

Se derivan dos consecuencias básicas por esta exclusión social: la primera, los menores, al no ser ciudadanos con derechos, están excluidos de las políticas básicas, la segunda consecuencia tiene que ver con la criminalización de su situación de pobreza, debido a que al ser menores en situación irregular, no son sujetos de derechos, y pasan a ser objeto de la tutela del estado, no para protegerlos precisamente; sino para reprimirlos en su condición, pero especialmente para protegerse del "peligro social que estos niños representan para el resto de la sociedad", todo lo cual hace a través de la institucionalización de los MENORES EN SITUACION IRREGULAR.

Para la UNICEF La función de tutela del menor es su protección, en la que subyace una función oculta del estado que se apropia arbitrariamente de la vida del niño o del adolescente, desmorona la familia, sustituyéndola en las responsabilidades de crianza, protección, cuidados y desarrollo.

En la declaración de protección de los menores (incapacitados sociales) se ubica la tesis de la tutela, al traducir su protección en una tutela que permite el apoderamiento o apropiación del menor en situación irregular teniendo derecho a ello por la tutela que ejerce sobre él; De esta forma el estado lo despoja de los derechos básicos teniendo como excusa su incapacidad.

Además de incumplir con la responsabilidad de garantizar a todos los niños y adolescentes sus derechos, el estado, a través de la Doctrina de la Situación Irregular y en nombre de una supuesta defensa de la sociedad, los declara en Situación Irregular, institucionalizándolos.

Es evidente que esta doctrina se basa en una concepción ideológica que califica los problemas sociales dentro de la como actos criminales, siendo contrario a los derechos humanos que deben ser respetados a los niños pues discrimina e institucionaliza a esta porción de la población

### 2.3.2 Teoría de la protección integral

El Código del Menor, adoptado por Colombia en 1989, se refiere a la atención integral, al desarrollo integral, a la formación integral y a la rehabilitación integral, pero no a "la protección integral" concepto este último que se esparció por América Latina durante la década de los 90, que hace parte de la convención de los derechos de la niñez, y que hoy a entrado a formar parte también de la legislación interna en Colombia que regula la materia.

Esta nueva concepción garantista de los derechos humanos para la Infancia, totalmente opuesto al régimen tutelar de la Situación Irregular, por lo mismo la protección integral se fundamenta en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación.

Se consagra en el artículo 7 de la nueva Ley de infancia y adolescencia así *"Protección integral. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.*

*La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos."*<sup>20</sup>

Para, el concepto de protección " se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades".

Mientras por la UNICEF la protección integral es considerada como el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.

Estas definiciones permiten aclarar las diferencias existentes entre las políticas públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas,

---

<sup>20</sup> LOPEZ, Tejeiro. Teoría general de niñez y adolescencia, Editado por UNICEF-Colombia 1998. p. 65.

culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos de todos los niños, niñas y adolescentes, con las políticas especiales destinadas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos también determinados de niños, niñas y adolescentes.

Son cuatro los principios básicos que permiten caracterizar la teoría de la protección integral:

### **2.3.2.1-La Igualdad o No discriminación:**

Es el principio fundamental sobre el que nace y se apoya la teoría de la protección integral al ser construida esta concepción dentro de la universalidad de los derechos humanos. El carácter universal de las políticas sociales se relaciona directamente con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos los Derechos humanos de los niños y adolescentes tiene que ver con que esté dirigido a vencer las condiciones que generan discriminación y desigualdad.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de los niños y adolescentes y se entiende como una total prohibición de discriminación para la construcción de políticas de protección integral. Pues se dirige al desarrollo de políticas igualitarias en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños.

### **2.3.2.2-El interés Superior del Niño:**

Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el artículo 8 de la nueva ley de infancia y adolescencia así: **“INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES.** Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”

Y el artículo 9 de la misma ley, al relacionarse directamente con este principio: **“PREVALENCIA DE LOS DERECHOS.** En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

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

Se establece que este principio no es un simple interés particular, porque más allá de eso consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la

interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes.

Por su parte<sup>21</sup> lo considera un principio jurídico garantista, es decir, que su significado estriba fundamentalmente en la plena satisfacción de los derechos de los niños, dejando de ser una directriz vaga e indeterminada. De esa manera, el Interés Superior del Niño junto a la no discriminación, constituyen la base de sustentación y protección de los derechos humanos de los niños.

### **2.3.2.3-La Efectividad y Prioridad Absoluta:**

El artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en los siguientes términos definiendo por un lado la efectividad que trae consigo la adopción de medidas o providencias de carácter administrativo y legislativo, y cualquier otra que conduzcan a la efectividad ( goce y disfrute real) de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas

Por otra parte, los Derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional.

La prioridad no se trata sólo de la preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, pues debe existir una preferencia absoluta en atención en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancione preferentemente este tipo de violaciones.

Esta priorización transforma la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, sin que se tenga excusas o motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos.

Por lo tanto en el momento del diseño y destino de las políticas públicas, el primer análisis será el de la situación de los niños, la aplicación de políticas, incluyendo acciones, planes, programas y presupuesto hacia esta población, antes que otro

---

<sup>21</sup> CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA. Santa Fe de Bogota: Buenos Aires: Editorial Temis, Ediciones Depalma. 1998. p. 78.

sector social, pero si llegan a ser suficientes los recursos nacionales para la aplicación de las medidas que impone el principio de prioridad absoluta, también con prioridad se debe recurrir a la cooperación internacional, lo que en la práctica de la política de solicitud de cooperación significaría colocar en primer plano de la ayuda a los niños, antes que los compromisos derivados de otras acciones del estado.

#### **2.3.2.4 La Participación solidaria o principio de solidaridad:**

Es un principio básico y determinante si de corresponsabilidad del estado se habla, dentro de los tres anteriores principios puede evidenciarse que el eje central en la protección de los niños se encuentra el estado, la familia y la sociedad siendo la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia.

El conjunto articulado de las acciones entre el Estado y la sociedad destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral.

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este principio explica el deber de la sociedad comunidad y padres a orientar el pleno ejercicio por parte del niño. Así también consagra que el gobierno es el responsable inmediato de éstos.

Por tanto la sociedad y la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social.

En efecto, la Doctrina de Protección Integral invita a crear mecanismos apropiados desde cada uno de los estamentos e instancias de la sociedad.

#### **2.3.2.5 Los Derechos Humanos de los Niños**

Se encuentran claramente definidos los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes que nos permiten aproximarnos con claridad al proyecto social de Protección que propone y reconoce como obligación, en ese sentido, destacamos cuatro grupos de derechos:

- Derechos a la supervivencia. A la vida, la salud, la seguridad social; A no participar en conflictos armados.
- Derechos al desarrollo. A la Educación, la Cultura y Recreación, al Nombre y a la Nacionalidad, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

- Derechos a la participación, en donde se incluyen derechos de gran importancia para el ejercicio de la ciudadanía de los niños y la necesaria interrelación democrática, incluso desde el seno familiar hasta el ámbito público. Entre estos se encuentran los derechos a: La libertad de expresión e información, de Opinión, de Asociación.
- Derechos a la protección especial Que comprende los derechos a estar protegido contra situaciones específicas de cualquier índole que le son adversas y vulneran derechos a los niños. Entre ellos se encuentran: Protección contra toda forma de explotación, perjuicio, abuso físico o mental, maltrato o descuido; A los refugiados, asistencia humanitaria adecuada en caso de refugio, sea sólo o con sus padres; A un proceso justo en caso de ser procesado por un órgano judicial, Contra la venta, el secuestro o trata ejecutados con cualquier fin o en cualquier forma, Contra el uso ilícito de estupefacientes.

Las políticas públicas deben estar concebidas con la integración de todos los derechos comprendidos en cada grupo, como única forma de garantizar una política de protección integral, ya desde la prevención, o desde la ejecución atención universal como forma de protección.

De los cuatro grupos de derechos contenidos en la Doctrina de Protección Integral, los derechos a la supervivencia, a la protección y a la participación forman un conjunto que convoca a la prioridad absoluta para todos los niños y niñas, para que se formulen y ejecuten políticas de Estado destinadas a la totalidad de la niñez y la adolescencia en materia de derechos y garantías a la vida, a la salud, a la educación, a la alimentación, al esparcimiento, a la asociación juvenil a la cultura, a la libertad, a la justicia y, en fin, al conjunto de derechos relacionados con el desarrollo personal y social, con la integridad y con la igualdad.

La Protección Integral, trata la articulación de todas las acciones del Estado y de la sociedad para garantizar todos los derechos a todos los niños, y el ideal para el goce a plenitud de los derechos humanos, adoptando y garantizando los derechos fundamentales, los de vocación universal, los de todos los niños y adolescentes y así se afronten y venzan las situaciones de vulnerabilidad.

Y también en ese sentido la solidaridad social está comprometida a orientar las acciones más adecuadas para el ejercicio eficaz de los derechos, tanto de carácter universal, como los de protección especial.

Así, esta Ley de Infancia de Adolescencia aprobada dispone sobre la protección integral al niño y al adolescente la teoría de la protección integral recogida por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989, que reconoce a

los niños, niñas y adolescentes de manera amplia, como personas autónomas, titulares de derechos y deberes, que deben ser protegidos de manera integral y persistente, no sólo cuando son vulnerados o incumplidos.

Al acoger esta teoría, se debe generar una responsabilidad solidaria, conjunta y simultánea en cabeza de la familia, de la sociedad y del Estado de cumplir con obligaciones básicas y de generar políticas sociales, para garantizar los derechos de la niñez y la adolescencia, así como prevenir su amenaza o vulneración.

Así y según los autores, con esta ley se sientan las bases para el tránsito de la doctrina de la situación irregular, plasmada en Colombia en el actual Código del menor, hacia la doctrina de la protección integral que reconoce a las niñas y los niños como sujetos de derechos.

Las principales características y grandes diferencias de estas dos teorías bastante análogas para entenderlas de una forma más clara y sintética se pueden configurar así:

**Tabla 1 Diferencias de la teoría de la situación irregular con respecto a la teoría de la protección integral**

SITUACIÓN IRREGULAR	PROTECCIÓN INTEGRAL
No existe en esta teoría el concepto de corresponsabilidad del estado, la familia y la sociedad.	Surge, se plasma y se aplica el principio de corresponsabilidad del estado, la familia y la sociedad con respecto a los menores.
Surge al mundo jurídico con las primeras legislaciones sobre menores en 1920 para regular los problemas de menores pobres, abandonados o con conductas desviadas, a quienes se debe internar en instituciones.	Surge al mundo jurídico en 1989 como resultado de un consenso universal que reconoce a los niños y niñas como personas autónomas con derechos y responsabilidades.

SITUACIÓN IRREGULAR	PROTECCIÓN INTEGRAL
<p>Esta teoría reconoce <i>la existencia de problemáticas sociales</i> y no de derechos, es decir que se sustenta en el reconocimiento de situaciones llamadas irregulares o de problemas en los que los menores se ven involucrados. Esta perspectiva protege al menor con problemas.</p>	<p>Reconoce la <i>titularidad de los derechos humanos de niños y niñas</i> y no los problemas. Se soporta en el reconocimiento de derechos que deben ser protegidos y garantizados de manera integral. Protege a todos los niños y niñas y en especial a quienes les han sido vulnerado sus derechos.</p>
<p>Denomina a la población por debajo de 18 años con el término <i>menores</i>, para significar que son apéndices dependientes de los padres o del Estado, para significar que se deben proteger cuando son objeto de violencia, de explotación, de abandono o de pobreza, y para significar su minusvalía, dependencia o incapacidad.</p>	<p>Proscribe el término menor para dar paso al concepto de niño como persona autónoma e independiente a quien se debe proteger de manera integral mediante la garantía de todos y cada uno de sus derechos, reconocidos en los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos generales y específicos.</p>
<p>Cuando presentan conductas desviadas como la delincuencia y además son pobres o abandonados, deben ser institucionalizados para protegerlos, ya que son calificados como <i>inimputables</i>, aún cuando el proceso que los juzga por comisión de delitos no es penal sino <i>tutorial</i> por lo que esta ausente el debido proceso y quedan al arbitrio y discrecionalidad de autoridades judiciales y administrativas. Confunde la delincuencia con la pobreza, es decir se los priva de libertad <i>o interna porque son pobres o abandonados</i> para protegerlos.</p>	<p>Cuando son <i>responsables</i> de cometer delitos consagrados en las leyes penales deben ser investigados y juzgados por autoridades judiciales competentes para garantizar el ejercicio de su derecho a un <i>debido proceso</i>, y deben ser reprochados de acuerdo con su grado de desarrollo. La <i>privación de libertad, es una medida excepcional que sólo se aplica de acuerdo con criterios objetivos para sancionar al niño o niña por la gravedad de un hecho cometido.</i></p>
<p>No contiene dispositivos de políticas sociales o de prevención, solo contiene medidas para atender los problemas que se dan.</p>	<p>Dispone la obligación de generar políticas sociales básicas para garantizar los derechos de los niños, prevenir su amenaza o vulneración y de políticas públicas nacionales, regionales y locales que garanticen la inversión social de los recursos del Estado.</p>

SITUACIÓN IRREGULAR	PROTECCIÓN INTEGRAL
La responsabilidad de los menores es subsidiaria: primero la familia y si esta no responde pasan al Estado.	La responsabilidad de la protección de los niños y niñas es solidaria, conjunta y simultánea: "La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos". Art. 44 Constitución Política de Colombia.
Los derechos de los menores están integrados y diluidos en los de los padres o los de la familia, no son personas autónomas sino dependientes.	Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. Son personas autónomas, titulares de derechos generales y específicos que prevalecen.
Las leyes de menores están dirigidas a todos aquellos que se encuentran en situación irregular, es decir, los abandonados, los expósitos o los delincuentes, dejando de lado aquellos con sus necesidades básicas insatisfechas.	Establece que las leyes para la niñez y la juventud deben estar dirigidas a todos los niños, las niñas y los jóvenes
Los menores son objetos de protección y tutela a quienes no le asisten todos los derechos y deberes humanos	Todos los niños, niñas y jóvenes son sujetos de derecho, es decir, son entes capaces de gozar derechos y deberes humanos, teniendo como límites la autoridad de sus padres, tutores o responsables, las buenas costumbres y la ley
Los menores son objeto de las políticas asistenciales y caritativas del estado y de procesos de readaptación social que no les respeta como seres humanos.	La eficacia de los derechos humanos de la niñez y la juventud requiere de dos estrategias, una social y otra jurídica, la social, por medio de la formulación de políticas públicas, y la jurídica, por el respeto de las normas, los principios y las garantías del debido proceso a todos los menores que se encuentran sujetos a la administración de justicia, por ser víctimas o victimarios

## **2.4 CONTENIDO DE LA LEY**

### **2.4.1 La corresponsabilidad de la familia el estado y la sociedad como consecuencia de la teoría de protección integral.**

A continuación se estudiarán los principios generales de la ley de infancia y adolescencia, todo enfocado y centralizado en los temas que interesan a la investigación, esto es la corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia, y por tanto la protección integral de los menores.

Mediante la ley 1098 de 2006 se expide el código de la Infancia y la Adolescencia. Esta ley entra en vigencia seis (6) meses después de su promulgación. Con excepción de los artículos correspondientes a la ejecución del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, los cuales se implementarán de manera gradual en el territorio nacional empezando el primero de enero de 2007 hasta su realización total el 31 de diciembre de 2009. (Artículo 216)

Con la expedición de este Código se deroga el Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes, también deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Además, el código tiene la finalidad de brindar garantías a los menores para que estos se desarrollen al interior de una familia y una comunidad, en un ambiente armonioso en donde prevalezca la igualdad y dignidad.

La ley contiene la definición de principios, el alcance y contenido de los derechos y libertades, la garantía de los derechos y su prevención, las medidas de restablecimiento, el procedimiento aplicable administrativo y judicial, las autoridades competentes, la responsabilidad penal para adolescentes y los principios relativos a la atención de los niños y niñas víctimas de los delitos.

Contiene además un libro relativo a las políticas públicas que deben diseñarse y ejecutarse para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños y niñas en los niveles nacional, departamental y municipal, las reglas que rigen el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y las normas sobre inspección, vigilancia y control.

Para expresar esta secuencia, la Ley contiene tres libros y su estructura comprende:

- Libro primero. La protección integral
- -Libro segundo. La Responsabilidad penal para adolescentes
- -Libro Tercero. Inspección, Vigilancia y Control, Sistema Nacional de Bienestar Familiar y políticas públicas.

Los destinatarios de la norma tal como lo afirma la senadora Gina Parody son: “La Ley de Infancia y Adolescencia está dirigida a todos los niños y las niñas como sujetos plenos de derechos hasta la edad de 18 años y, a aquellos que, no obstante haber llegado a esta edad, se encuentran bajo medida especial de protección a cargo del Estado, incluidos neonatos, primera infancia, adolescentes y jóvenes, sin discriminación alguna, y bajo los principios universales de dignidad, igualdad, equidad y justicia social, solidaridad, prevalencia de sus derechos, interés superior y participación en los asuntos de su interés.

Así, en este articulado se busca consagrar normas de tipo sustancial y procedimental, siendo de orden público, de carácter irrenunciable y prevalente; estableciendo la protección integral de esta parte de la población (los niños, niñas y adolescentes) mediante la cual la familia, el estado y la sociedad proteja y garantice el goce efectivo de los derechos y libertades de que son acreedores por su condición, así, esta obligación solidaria es plasmada en el artículo 2 de la ley:

*ARTÍCULO 2. OBJETO. El presente Código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado<sup>22</sup>.*

Uno de los ejes fundamentales de la ley y que correlativamente implica de forma directa la corresponsabilidad del estado es la protección integral, es decir, surge la corresponsabilidad del estado debido al establecimiento de esta teoría; de esta forma como consecuencia de esta ley existe un reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato, en desarrollo del principio del interés superior.

En desarrollo del mismo principio los Municipios y Departamentos deberán, por encima de cualquier otra política, reasignar sus presupuestos para implementar programas a favor de los niños, niñas y adolescentes, debido también a que la protección integral llega a materializarse en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

Esta ley se nutre de principios básicos como son el interés superior del niño, la prevalencia de los derechos de la infancia, la corresponsabilidad de la familia, la

---

<sup>22</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1098 de 2006.

sociedad y el Estado como garantes de derechos y la exigibilidad de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes.

Tal como puede observarse este compendio de normas tiene como objetivo primordial la total e integral garantía de los derechos de los menores, y para hacer realidad esta protección integral la responsabilidad queda en cabeza de la familia, la sociedad y el estado, como los directamente corresponsables de este especial tratamiento, es decir, como eje central y base para el desarrollo de cada uno de los preceptos y mandatos legales contenidos en este código se debe tener en cuenta la doctrina de la protección integral y a su vez para que esta exista los sujetos corresponsables de su efectividad (la familia, la sociedad y el estado).

El concepto de protección integral, que es primordial para desligar el de corresponsabilidad de las distintas instituciones se define y delimita en el artículo 7 del código así “Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior”.

Así mismo enuncia como la materialización de esta protección integral el desarrollo en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos. Así es primordial la financiación y correspondiente presupuesto para que las disposiciones que dicta esta ley puedan hacerse efectivas, por lo que el Artículo 215 de la ley impone al Gobierno Nacional, el Congreso de la República, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura la obligación de disponer la asignación, reorganización y redistribución de los recursos presupuestales, financieros, físicos y humanos para el cumplimiento de esta ley, bajo la coordinación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Lo anterior implica que debe darse cabal cumplimiento y efectividad a la protección de los derechos y garantías de los menores en todo momento, y en caso de vulneración o amenaza a los mismos la responsabilidad se extiende

hasta su reparación, lo que supone una reparación de tipo moral como material siendo las formas de reparación que pueden entenderse en estos casos legalmente, además determina la obligatoriedad de garantizar los rubros dentro de los presupuestos en coordinación con los planes de desarrollo en todos los niveles, esto es la priorización de inversiones y gasto en esta población, pues de esta forma se puede ofrecer una verdadera y real aplicación de las normas que se promulgan en este código.

Dentro de los destinatarios de la norma se encuentran los niños y niñas, delimitados entre cero y doce años de edad, y los adolescentes entre doce y dieciocho años, es decir los sujetos titulares de los derechos allí consagrados son los menores de 18 años. Además para efectos de ser más favorables con la situación de estos en caso de duda siempre se presumirá la menor al tener un tratamiento más laxo y al mismo tiempo más garantista por la vulnerabilidad que se predica de la minoría de edad.

La cobertura de esta norma y su ámbito de aplicación se resume en tres situaciones (Artículo 4)

-A todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional.

-A los nacionales que se encuentren fuera del país.

-A aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

La aplicación de estas normas y principios debe ser preferente sobre la aplicación de otras normas, esto como consecuencia del carácter de orden público e irrenunciabilidad de las mismas. Artículo 5.

Debe tenerse en cuenta que dentro de estas normas es aplicable el bloque de constitucionalidad, esto es “Las normas contenidas en la Constitución Política y en los Tratados o Convenios Internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación.” (Artículo 6 Código).

Además, no sólo hacen parte los derechos y libertades enunciados taxativamente en este código, pues también gozan de las garantías contempladas en otras normas, siempre teniendo en cuenta la aplicación del interés superior del niño. También se aplicará el interés superior del niño en caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, pues se aplicará la norma más favorable.

En caso de existir duda o conflicto entre sus derechos fundamentales y los de otra persona se aplicará el principio de prevalencia que los cobija, es decir prevalecerá el de los niños, niñas y adolescentes, igualmente en cualquier decisión acto medida administrativa, judicial o cualquier otra que se tome con relación a estos. (Artículo 9).

Siendo el concepto de **corresponsabilidad** el más relevante para efectos de la investigación, además de ser uno de los fundamentos de esta ley por su directa relación con la teoría de la protección integral del menor que tanta énfasis se hace

en esta normatividad, se ha consagrado su concepto en el artículo 10 del texto así, *“Para los efectos de este Código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.*

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

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

Esta definición que por primera vez es plasmada en la legislación Colombiana relacionada con la materia en estudio, es muy clara al atribuir las responsabilidades que se deriven con los niños, niñas y adolescentes a la familia, el estado y la sociedad.

Se podría decir que esta responsabilidad se extiende a brindar atención, cuidado y protección para el goce efectivo de cada uno de los derechos y libertades consagradas en el código y en el bloque de constitucionalidad que también los rige.

Se habla de corresponsabilidad además, por que para brindar estas garantías a los menores se requiere de la atención y concurrencia de diversos actores (familia, sociedad y estado) y de las distintas acciones necesarias para su cumplimiento.

Esta corresponsabilidad exigida por las normas no sólo se limita a la protección y garantía sino también al restablecimiento de sus derechos en caso de que estos hayan sido afectados y de este restablecimiento, del goce y realización de los derechos es responsable el estado en cabeza de sus agentes, según lo preceptuado por el inciso segundo del artículo 11 de la ley de infancia y adolescencia; Este artículo habla específicamente sobre la exigibilidad de los derechos y establece “El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.

Por otro lado se describe el alcance de la responsabilidad parental en el Artículo 14 de la ley considerándola como un complemento de la patria potestad que existe en materia civil y atribuyendo obligaciones extensivas a la madre y el padre de carácter solidario en cuanto al cuidado, la orientación, el acompañamiento y crianza y de brindar la máxima satisfacción de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación.

Por tanto también se les prohíbe en el ejercicio de esta responsabilidad parental realizar actos violentos (física, psicológica) que puedan llevar a impedir o limitar el ejercicio y goce de los derechos inherentes a los menores por su condición.

Otra de las responsabilidades compartidas y solidarias o de las corresponsabilidades inherentes a la familia la sociedad y el estado, es la de formar a los menores en el ejercicio responsable de sus derechos así como de cumplir con sus obligaciones cívicas y sociales, para que esto se dé es indispensable obtener decisiones oportunas, eficaces y con un claro sentido pedagógico de las autoridades a quienes les corresponda, tal como lo prescribe el artículo 15 de la ley.

Otro de los deberes que en este sentido el estado debe cumplir es el de vigilancia consagrado en el artículo 16 de la ley así, “Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado”.

Es decir, es el estado responsable de la protección de los menores en cualquier situación, vigilando las distintas instituciones que por diversas circunstancias deben encargarse del cuidado de los mismos, esto se deriva de la protección integral que se debe brindar en todo momento y o en ciertas circunstancias prescritas y determinadas.

El capítulo II que establece los derechos y libertades inherentes a los niños, niñas y adolescentes precisando que la calidad de vida para los menores es esencial para su desarrollo integral y su dignidad como ser humano según el artículo 17 el derecho a la vida , a la calidad de vida y a un ambiente sano supone “la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano”.

En el párrafo de este artículo se especifica de nuevo otra función y responsabilidad del estado que es desarrollar políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia.

Dentro de estos derechos que pertenecen a los menores y que deben ser garantizados por la familia, la sociedad y el estado, es decir su garantía depende de la efectividad y cumplimiento de la corresponsabilidad que de esta tríada se deriva se encuentran también el derecho a la integridad personal de los menores (Artículo 18), Derecho a La Rehabilitación y la Resocialización (Artículo 19): este es un nuevo derecho en la legislación Colombiana de menores que debe ser

garantizada también por el estado mediante la implementación de planes y programas, desarrollando las políticas públicas por cada una de las instituciones que el estado determine para tal fin.

Así mismo en el artículo 20 se establecen los derechos de protección de los niños, las niñas y los adolescentes enumerando las distintas situaciones que primordialmente se van a proteger y garantizar, acorde con los tratados internacionales sobre la materia; el derecho a la libertad y seguridad personal (Artículo 21), derecho a tener una familia y a no ser separado de ella (artículo 22), la custodia y cuidado personal (Artículo 23), Derecho a los alimentos (Artículo 24), Derecho a la identidad (Artículo 25), Derecho al debido proceso (Artículo 26), Derecho a la salud (Artículo 27) dentro de este derecho se impone la obligación a cargo de la nación de cubrir los servicios de los menores que no figuren como beneficiarios en el régimen contribuido y subsidiado de salud, además de imponer multa a las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores. También se impone la responsabilidad al estado de crear un sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia, como otra de las obligaciones que tendrá que cumplir en adelante según lo prescrito en el parágrafo 2 del mismo artículo que se refiere a la salud. Aquí también se determina que el gobierno Nacional debe incluir las asignaciones de recursos necesarios para dar cumplimiento a este mandato en el proyecto anual de presupuesto 2008, el plan financiero de mediano plazo y el plan de desarrollo.

Igualmente se consagra el derecho a la educación en el artículo 28 especificando que la educación debe ser de calidad, además establece que esta será “obligatoria por parte del Estado en un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones estatales de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución Política. Incurrirá en multa hasta de 20 salarios mínimos quienes se abstengan de recibir a un niño en lo establecimientos públicos de educación”.

El derecho a la protección integral de la primera infancia comprendida de los cero a los seis años de edad y consagrada en el artículo 29 de la ley; El derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes (Artículo 30) para lo cual las autoridades deben brindar las condiciones de seguridad y diseñar los mecanismos necesarios para garantizar el goce y seguridad de este derecho.

El derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes (Artículo 31), para que esta participación activa sea efectiva se preceptúa en el inciso segundo de este artículo que el estado y la sociedad son los responsables de propiciarla en los organismos públicos y privados encargados de la protección cuidado y educación de los menores.

El Derecho de asociación y reunión (Artículo 32), Derecho a la intimidad (Artículo 33), derecho a la información (Artículo 34), derecho a la protección laboral de los

adolescentes autorizados para trabajar (15 y 17 años con autorización, excepcionalmente menores de 15)

Respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad (artículo 35), se impone la obligación al estado de proporcionar condiciones necesarias para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad.

Además se debe resaltar que el parágrafo 2 del mismo artículo señala que los padres que asuman la atención integral del hijo discapacitado recibirán una prestación social por parte del estado, configurándose en otra de las responsabilidades que el estado debe asumir con respecto a los menores.

Así mismo, en el parágrafo 3 del mismo artículo, se responsabiliza al estado directamente para que garantice “el cumplimiento efectivo y permanente de los derechos de protección integral en educación, salud, rehabilitación y asistencia pública de los adolescentes con discapacidad cognitiva severa profunda, con posterioridad al cumplimiento de los dieciocho (18) años de edad”.

En el artículo 37 se señala que las libertades de los menores son las consagradas en la Constitución Política y tratados internacionales de derechos humanos, formando parte también: el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio.

El capítulo I del título II consagra las obligaciones de la familia la sociedad y el estado, es decir materializa y desarrolla los alcances de la corresponsabilidad de estas tres instituciones, así el artículo 38 habla de las obligaciones de la familia la sociedad y el estado “Además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado en sus niveles nacional, departamental, distrital y municipal el conjunto de disposiciones que contempla el presente Código”.

Es el Estado no es el único responsable de garantizar los derechos de la niñez en Colombia, pues la responsabilidad, aunque diferenciada, es compartida por la familia y por la sociedad. La Constitución Política de 1991 dice que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. (Constitución Política de Colombia. Artículo 44) Estos son los agentes responsables de asegurar la vigencia de los derechos, de la calidad de vida y en últimas, de la felicidad de los niños, niñas y adolescentes colombianos y extranjeros residentes en el país. El principio de corresponsabilidad establece la participación activa de los tres estamentos sin interferencias ni exención de responsabilidades.

Las Obligaciones que se despliegan para los actores de la corresponsabilidad en la ley contiene un capítulo que define las obligaciones de la familia, de la sociedad y del Estado en relación con la protección integral que cada contexto debe a los niños y niñas de acuerdo con la Constitución Política. Es importante señalar que la ley no lista de manera exhaustiva cada obligación, sino que define unas guías imperativas que deben orientar las acciones de cada una de ellas. Así, un artículo general dispone que además de las obligaciones que señalan los tratados, la Constitución y otras leyes, son obligaciones de la familia, de la sociedad y del Estado las que se describen.

Se incluyen obligaciones generales, específicas y complementarias para las instituciones educativas, para el sistema de seguridad social en salud, y responsabilidades especiales de los medios de comunicación.

Para delimitar la corresponsabilidad, es decir conocer cuáles son las responsabilidades que les competen a cada una de las figuras que compone la tríada, esto es la familia, la sociedad y el estado, es necesario encontrar que obligaciones atribuye este código a cada una de ellas así:

Dentro de las obligaciones de la familia (Artículo 39) se encuentra el promover “la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Además cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada.

1. *“Protección de su vida, su dignidad y su integridad personal.*
2. *Garantía de su participación en los espacios democráticos de discusión, diseño, formulación y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos de interés para la infancia la adolescencia y la familia.*
3. *Formarlos, orientarlos y estimularlos en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía.*
4. *Inscribirlos desde que nacen en el registro civil de nacimiento.*
5. *Proporcionar las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas.*
6. *Promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación sobre este tema.*
7. *Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.*
8. *Asegurarles desde su nacimiento el acceso a la educación y proveer las condiciones y medios para su adecuado desarrollo, garantizando su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.*

9. *Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida.*
10. *Abstenerse de exponer a los niños, niñas y adolescentes a situaciones de explotación económica.*
11. *Decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas a los que pueda sostener y formar.*
12. *Respetar las manifestaciones e inclinaciones culturales de los niños, niñas y adolescentes y estimular sus expresiones artísticas y sus habilidades científicas y tecnológicas.*
13. *Brindarles las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés.*
14. *Prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales.*
15. *Proporcionarles a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad un trato digno e igualitario con todos los miembros de la familia y generar condiciones de equidad de oportunidades y autonomía para que puedan ejercer sus derechos. Habilitar espacios adecuados y garantizarles su participación en los asuntos relacionados en su entorno familiar y social.<sup>23</sup>*

Por otra parte las obligaciones de la sociedad y en cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad que tiene junto con la familia y el estado , el artículo 40 de la ley impone la responsabilidad a las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, de convertirse en parte activa para el logro efectivo de los derechos y garantías de los menores.

La participación de la sociedad plasmada en el artículo 214 y en desarrollo del principio de corresponsabilidad dicta que las organizaciones sociales especializadas, como las veedurías ciudadanas, o cualquier otra forma de organización de la ciudadanía, participarán en el seguimiento y vigilancia de las políticas públicas y de las acciones y decisiones de las autoridades competentes. Para que esto se dé son las autoridades nacionales y territoriales quienes deben garantizar el cumplimiento de esta función.

1. *“Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente.*
2. *Responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos*

---

<sup>23</sup> Ibid

3. *Participar activamente en la formulación, gestión, evaluación, seguimiento y control de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia.*
4. *Dar aviso o denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que los vulneren o amenacen.*
5. *Colaborar con las autoridades en la aplicación de las disposiciones de la presente ley.*
6. *Las demás acciones que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.*<sup>24</sup>

Son obligaciones del estado, y por tanto responsabilidades que de su naturaleza se derivan según los instrumentos internacionales las siguientes entre otras:

El derecho del niño a "las medidas de protección que su condición de menor requieren" impone al Estado una obligación de tomar medidas para evitar que los niños se vean forzados a convertirse en niños de la calle. En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño "a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social". artículo 27(1).

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño prevén que la familia sea responsable de garantizar el nivel de vida del niño. Sin embargo, dichos instrumentos también establecen un rol para el Estado en la protección del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados Partes "adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres . . . a dar efectividad a[ ] . . . derecho [a un nivel de vida adecuado] y, en caso necesario, proporcionarán asistencia y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, vestuario y la vivienda" Artículo 27(3).

Por lo tanto, está obligado el Estado colombiano a intervenir para proveer las necesidades básicas de los niños, cuando sus familias no se encuentran en condiciones para hacerlo.

El deber del Estado en este contexto es el de avanzar hacia la protección cabal de conformidad con sus posibilidades. De esta manera, la Convención de los Derechos del Niño establece que las medidas que debe adoptar el Estado para garantizar la nutrición y la vivienda son las posibles "de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios" Artículo 27(3) De la misma manera, en relación con los derechos económicos y sociales en general, la Convención Americana compromete a los Estados a adoptar medidas "para lograr progresivamente la plena efectividad" de dichos derechos. Artículo 26.

---

<sup>24</sup> Ibid

Sin embargo, la naturaleza del deber del Estado reseñada en el párrafo anterior no implica que no exista una obligación concreta. De hecho, dado que los niños deben gozar de una especial protección requerida por su condición de menor, el deber de garantizarles un nivel de vida adecuado debe ser una prioridad entre los programas del Estado y el gasto público.

Además de garantizar un nivel de vida adecuado al niño, el Estado colombiano está obligado a combatir las causas que afectan a los niños. Por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño requiere al Estado garantizar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, hacer la enseñanza superior accesible a todos, y adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas. (De conformidad con el artículo 67 de la Constitución Política de Colombia, la educación es gratuita y obligatoria entre los cinco y los quince años de edad. Sin embargo, existe una importante incidencia de deserción escolar, aún durante los años de asistencia obligatoria. Comisión Colombiana de Juristas, Colombia, Derecho Humanos y Derechos Humanitario: 1996, pág. 172 [en adelante Informe de la Comisión Colombiana de Juristas de 1996].) El Estado colombiano aparentemente no ha adoptado medidas importantes para fomentar la asistencia escolar. El mismo instrumento establece que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para "proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente . . . mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo" artículo 28. La Comisión considera que el Estado colombiano puede detener el desplazamiento de los niños hacia la calle a través del cumplimiento aplicado de estas obligaciones.

El Estado también tiene la obligación de proveer una protección especial a los menores que están expuestos a una serie de peligros. El Estado tiene el deber de prevenir estos peligros, especialmente a través de la adopción de medidas que logren remover al niño de la calle de su situación como tal.

El Estado como directo corresponsable del desarrollo integral de los menores de forma prevalente, entendido el estado en todos sus niveles territoriales, esto es nivel nacional, departamental, distrital y municipal, y siendo el ente central que guía esta investigación, así en forma taxativa tal como lo describe el artículo 41 de la ley, se encuentran las siguientes.

Es preciso señalar sin que las obligaciones y responsabilidades no enunciadas aquí y que la familia y la sociedad no pueden cumplir por distintas circunstancias, en última instancia deben suplirse por el estado; además de las consagradas en la constitución y los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

1. *“Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes*

2. *Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia.*
3. *Garantizar la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de las políticas públicas de niñez y adolescencia, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para asegurar la prevalencia sus derechos.*
4. *Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.*
5. *Promover la convivencia pacífica en el orden familiar y social.*
6. *Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.*
7. *Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.*
8. *Promover en todos los estamentos de la sociedad, el respeto a la integridad física, psíquica e intelectual y el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y la forma de hacerlos efectivos.*
9. *Formar a los niños, las niñas y los adolescentes y a las familias en la cultura del respeto a la dignidad, el reconocimiento de los derechos de los demás, la convivencia democrática y los valores humanos y en la solución pacífica de los conflictos.*
10. *Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad.*
11. *Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.*
12. *Garantizar la inscripción y el trámite del registro civil de nacimiento mediante un procedimiento eficaz y gratuito. Para el efecto, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de Protección Social conjuntamente reglamentarán el trámite administrativo que garantice que el niño o niña salga del centro médico donde nació, con su registro civil de nacimiento y certificado de nacido vivo.*
13. *Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al Sistema de Seguridad Social en Salud de manera oportuna. Este derecho se hará efectivo mediante afiliación inmediata del recién nacido a uno de los regímenes de Ley.*

14. *Reducir la morbilidad y la mortalidad infantil, prevenir y erradicar la desnutrición, especialmente en los menores de cinco años, y adelantar los programas de vacunación y prevención de las enfermedades que afectan a la infancia y a la adolescencia y de los factores de riesgo de la discapacidad.*
15. *Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes.*
16. *Prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes.*
17. *Garantizar las condiciones para que los niños, las niñas desde su nacimiento, tengan acceso a una educación idónea y de calidad, bien sea en instituciones educativas cercanas a su vivienda, o mediante la utilización de tecnologías que garanticen dicho acceso, tanto en los entornos rurales como urbanos.*
18. *Asegurar los medios y condiciones que les garanticen la permanencia en el sistema educativo y el cumplimiento de su ciclo completo de formación.*
19. *Garantizar un ambiente escolar respetuoso de la dignidad y los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes y desarrollar programas de formación de maestros para la promoción del buen trato.*
20. *Erradicar del sistema educativo las prácticas pedagógicas discriminatorias o excluyentes y las sanciones que conlleven maltrato, o menoscabo de la dignidad o integridad física, psicológica o moral de los niños, las niñas y los adolescentes.*
21. *Atender las necesidades educativas específicas de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad, con capacidades excepcionales y en situaciones de emergencia.*
22. *Garantizar la etnoeducación para los niños, las niñas y los adolescentes indígenas y de otros grupos étnicos, de conformidad con la Constitución Política y la ley que regule la materia.*
23. *Diseñar y aplicar estrategias para la prevención y el control de la deserción escolar y para evitar la expulsión de los niños, las niñas y los adolescentes del sistema educativo.*
24. *Fomentar el deporte, la recreación y las actividades de supervivencia, y facilitar los materiales y útiles necesarios para su práctica regular y continuada.*
25. *Fomentar la participación en la vida cultural y en las artes, la creatividad y producción artística, científica y tecnológica de niños, niñas y adolescentes y consagrar recursos especiales para esto.*

26. *Prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil, y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos.*
27. *Prestar especial atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia.*
28. *Protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.*
29. *Asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica o a la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares.*
30. *Protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley.*
31. *Asegurar alimentos a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en procesos de protección y restablecimiento de sus derechos, sin perjuicio de las demás personas que deben prestar alimentos en los términos de la presente ley, y garantizar mecanismos efectivos de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias.*
32. *Erradicar las peores formas de trabajo infantil, el trabajo de los niños y las niñas menores de quince años, proteger a los adolescentes autorizados para trabajar, y garantizar su acceso y la permanencia en el sistema educativo.*
33. *Promover estrategias de comunicación educativa para transformar los patrones culturales que toleran el trabajo infantil y resaltar el valor de la educación como proceso fundamental para el desarrollo de la niñez.*
34. *Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal.*
35. *Buscar y ubicar a la familia de origen o las personas con quienes conviva a la mayor brevedad posible cuando sean menores de edad no acompañados.*
36. *Garantizar la asistencia de un traductor o un especialista en comunicación cuando las condiciones de edad, discapacidad o cultura de los niños, las niñas o los adolescentes lo exijan.*
37. *Promover el cumplimiento de las responsabilidades asignadas en el presente Código a los medios de comunicación<sup>25</sup>.*

---

<sup>25</sup> Ibid.

Las medidas de Restablecimiento de los derechos de los menores, consagradas en el capítulo III artículo 50 define que la palabra restablecimiento significa la restauración de la dignidad e integridad de los menores como sujetos y de la capacidad necesaria para el ejercicio de los derechos que han sido vulnerados.

Esta obligación de restablecimiento de los derechos es responsabilidad del estado a través de las autoridades públicas que protegen a los menores que se encuentran en condiciones de riesgo, entre las que se encuentran la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, además de la vinculación en estas situaciones de los menores al sistema Nacional de Bienestar familia garantizando su vinculación a los servicios sociales.

Aunque la responsabilidad de restablecimiento de los derechos recae directamente en el estado, esta en la obligación la familia y sociedad de informar cualquier situación de vulnerabilidad a los menores, de esta forma el estado podrá garantizar este restablecimiento. Así el Artículo 11 sobre la exigibilidad de los derechos dice que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Así cada una de las medidas que los distintos organismos tomen para lograr el restablecimiento de los derechos vulnerados o en riesgo de los menores deberá darse bajo la suprema vigilancia del Estado, quien viene a configurar sen últimas en el responsable de los menores frente a la falta de protección de su núcleo familiar y la sociedad.

Dentro de la enumeración taxativa de responsabilidad se puede crear un criterio, específicamente para determinar el límite de las responsabilidades que competen a la familia, la sociedad y el estado respectivamente; me refiero entonces a una entrevista realizada el día 10 de Abril del año 2.007 a uno de los ponentes del proyecto, el Senador Héctor Helì Rojas, que pertenece al partido liberal y fue uno de los principales propulsores para que esta el proyecto se convirtiera en una ley de la república.

## ENTREVISTA H. SENADOR HECTOR HELÌ ROJAS

1-¿Qué antecedentes conoce acerca de la corresponsabilidad del estado?

Yo tengo la idea de que una de las grandes virtudes de la nueva ley de Infancia y Adolescencia esta en que corrige un defecto tradicional de nuestra legislación en el sentido de que *la protección de los menores estaba en manos de la familia, y la sociedad y el estado sólo acudían cuando la familia fallaba, uno de los principios que claramente incluimos en la nueva ley es q la responsabilidad de proteger a los menores es de la familia, de la sociedad y del estado de manera concurrente, ahí es cuando podemos hablar de una corresponsabilidad que no estaba clara en el*

anterior código del menor insisto por que el estado sólo llegaba cuando la familia había fallado.

2- Entonces no habría una responsabilidad subsidiaria sino que sería concurrente, ¿Qué límite podría fijarse para decir en dónde termina y en dónde comienza la responsabilidad de la familia, la sociedad y el estado?

Cuando digo que es concurrente, quiero decir que *todos deben acudir a proteger al menor, la responsabilidad del estado debe ser superior, debe ser más importante por que es que el estado en este caso es el obligado a la protección de los derechos subjetivos de los niños.*

En el código tenemos que avanzar en el sentido de la Convención Internacional de los derechos del niño a establecer como lo ha dicho la doctrina y la jurisprudencia que los derechos de los niños no solamente son prevalentes sino que son derechos subjetivos, derechos que tienen como personas y no como personas chiquitas sino como personas, como cualquier otra persona y frente a esos derechos subjetivos como la salud, la educación, la alimentación, la recreación, la seguridad social, *el primer obligado es el estado aún cuando la familia y la sociedad tienen responsabilidades en Colombia no hay una clara política de familia ni hay unas responsabilidades sociales claramente establecidas pero lo que si dijo la constitución es que el estado social de derecho está organizado para proteger a grupos más vulnerables de la sociedades primer termino y hay están los niños por el interés superior de esta parte de la población y por la prevalencia específica que la constitución le dio a sus derechos.*

3-¿Cuál sería entonces el concepto de la corresponsabilidad del estado para usted?

*El concepto de corresponsabilidad, insisto, esta en q de ahora en adelante el estado no llega después de que fallo la familia, o después de que fallo la sociedad, el estado tiene que llegar al tiempo con la familia y la sociedad para proteger la familia, claro, y a través de esa protección a la familia, proteger a los niños que hacen parte de esas familias o de esas uniones familiares, para mí insisto el primer obligado, el gran obligado es el estado, por eso en la ley creamos el sistema Nacional de Infancia y adolescencia en el que no solamente vinculamos al instituto Colombiano de Bienestar Familiar al los ministerios sino también a las alcaldías y a las gobernaciones para que hagan gasto público social a través de políticas diferenciales para proteger la infancia en sus respectivas entidades territoriales.*

3-¿Cuáles serían los principios básicos para la regulación de la corresponsabilidad del estado en materia penal?

En materia penal la verdad es que la corresponsabilidad no se ve tan fuertemente determinada como en materia asistencial, en materia civil, en materia de políticas, programas, estrategias y recursos para solventar las necesidades básicas de los menores y para garantizar su protección integral.

Otro cambio fundamental de la ley es que ya no los vamos a proteger solo cuando estén en peligro sino en todo momento y en todo lugar y en consecuencia *el estado debe ser consiente de las nuevas e inmensas responsabilidades que en ese campo se establecieron pero desde luego el sistema penal de adolescentes también conlleva una responsabilidad del estado no sólo para implementar el sistema sino para garantizar que las medidas con que se sancione a los delincuentes juveniles sean medidas pedagógicas y reeducadoras no otra forma simulada de penas o de castigos como los que se preven para los adultos.*

Por su parte, y en este sentido la Senadora Gina Parody ante la siguiente pregunta ¿Es el Estado el único responsable de garantizar los derechos de la niñez en Colombia?

Dice: No, la responsabilidad, aunque diferenciada, es compartida por la familia, por la sociedad y por el Estado. La Constitución Política de 1991 dice que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. Se puede afirmar que el ejercicio de la responsabilidad parte de la esfera privada en la cual los protagonistas son los padres, los demás miembros de la familia, los representantes legales y las personas a quienes se les ha asignado el cuidado y atención de los niños, niñas o adolescentes. La esfera privada se abre hacia la vida pública a través de la responsabilidad social y ésta se conduce a la participación pública a través de las instituciones del Estado para culminar el ciclo de la corresponsabilidad.

Según lo dicho por lo ponentes la responsabilidad del estado con los menores es concurrente, compartida, solidaria y diferenciada; pero es evidente un punto de contradicción entre dos senadores que apoyaron esta iniciativa y es que el Senador Héctor Helí afirma que la responsabilidad del estado es superior pero que no es residual o subsidiaria es decir que el estado, la familia y la sociedad deben estar presentes en todo momento no sólo cuando falle alguno de ellos, entonces

dice que todos deben acudir a su protección sin especificar en que momento se podría diferenciar esta responsabilidad, por tanto surgen interrogantes ¿en cualquier situación deben acudir el estado, la familia y la sociedad simultáneamente? Y cómo la respuesta para él es sí, entonces ¿cómo se diferencian las responsabilidades? Pues no parece lógico que en todas las situaciones acudan al mismo tiempo para proteger, garantizar o reestablecer la misma situación, o de ser así carecería de sentido y sería imposible de cumplir, por lo menos si habla de una cuestión práctica ; pues de esta forma no hay límite a las responsabilidades y sería confusa su aplicación.

Por otra parte la Senadora Gina Parodi señala que la importancia, orden o jerarquía por así llamarla de las responsabilidades de cada uno de los autores parte desde la esfera privada que es la familia hacia la pública en donde se encuentran el estado y la sociedad, entonces para ella podría hablarse de una responsabilidad subsidiaria o residual, pues el estado entra a actuar después de la familia y la sociedad, cuando esta no lo logró por motivos de incapacidad u otros. Con esta concepción se ponen límite a las responsabilidades y coincide con el Senador Héctor Helí , pues es superior la responsabilidad del estado y es el estado quien concluye el ciclo de la corresponsabilidad, pero entonces cabe la pregunta ¿ puede ser la responsabilidad del estado subsidiaria, residual y al mismo tiempo concurrente?.

Entonces pienso que ninguna de las dos tesis se puede descartar, pues a luz de la Ley de Infancia y adolescencia lo que se busca con la corresponsabilidad de la familia, el estado y la sociedad es una protección integral de los menores, de tal forma que no quede desamparado en ningún momento, tiempo o circunstancia; es decir la protección debe ser permanente e integral, de tal forma que ninguna de las instituciones pueda excusarse en la irresponsabilidad del otro sino que todos tengan la obligación de garantía, los tres son garantes de los derechos de los niños; entonces es concurrente pues todos deben acudir a su protección por la misma razón (los tres son garantes); sin embargo para que en la práctica no haya confusión en los límites de la responsabilidad y pueda darse real aplicación a cada uno de los derechos y mandatos consagrados en la ley con cada una de las obligaciones que de allí se desprenden para los actores se hace necesaria una diferenciación: primero taxativamente tal como la misma ley lo enuncia para cada uno, segundo entender que es la familia quien actúa , en caso de no tener capacidad para hacerlo entra a actuar el estado y la sociedad, y aquí vendría a ser una responsabilidad subsidiaria que no exime a ninguno de ellos del cumplimiento de sus obligaciones individuales que por ley se otorgan.

Además, es el Estado quien se encuentra presente en forma concurrente en todo el ciclo de la corresponsabilidad, brindando los medios necesarios a la familia y la

sociedad para que puedan hacer efectivos los derechos de los niños, vigilando que así se cumpla, sancionando cuando se vulneren e interviniendo cuando no brindo los mecanismos necesarios a los dos actores o cuando simplemente estos no tengan la capacidad de hacerlo.

Así lo más importante es tener claro que es la responsabilidad del estado la más importante, es superior, es suprema pues en definitiva debe estar no sólo cerrando el ciclo de la corresponsabilidad sino en todo momento garantizando que tanto la familia como la sociedad cumplan sus obligaciones, brindándoles medidas y mecanismos necesarios para que ello se dé, y vigilando todo el proceso de protección.

## **2.5 OTROS TEMAS CENTRALES DE LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA**

Puede decirse que a través de la ley de Infancia y adolescencia se reconoce a los niños y a las niñas como sujetos titulares de derechos como lo se establece la Convención Internacional de los Derechos del Niño y se desarrolla el artículo 44 de nuestra Constitución Política.

Este código es proferido después de 10 años de debates y de proyectos de ley que por distintas circunstancias no lograron surtir su trámite para convertirse en ley.

En este código se establece primordialmente que los menores infractores serán juzgados penal y civilmente a partir de los catorce años. Serán procesados por jueces especializados y pagarán penas a partir de los dieciséis años en centros especiales de reclusión.

Es decir, la responsabilidad penal juvenil comienza a partir de los catorce años y sólo procede para adolescentes entre los catorce y dieciocho años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima sea o exceda de seis (6 años) con una duración de hasta cinco (5) años y de hasta ocho (8) años o cuando se trate de homicidio doloso, secuestro o extorsión.

Los menores víctimas de abusos sexuales y maltrato familiar, tendrán toda la protección del Estado y para garantizar la restitución de sus derechos e integridad, serán asistidos por una unidad especial de defensa familiar que estará compuesta por un defensor de familia, un psicólogo, trabajador social, un nutricionista y un notificador. Además el maltrato infantil se define como el delito de lesiones personales agravadas por ser en contra de un menor, por lo tanto, de acuerdo al actual código penal, las penas serán el doble frente a las establecidas para los adultos. Además éstas no serán excarcelables.

Con la aplicación del código deberá implementarse un sistema especial fiscales y jueces especializados, para garantizar el debido proceso. Este sistema comenzó implementándose en las ciudades de Bogotá y Cali el día 15 de Marzo del año en curso (2.007), y se implementará gradualmente en el resto del país hasta el 31 de Diciembre de 2009, además el día 8 de Mayo de 2007 entró en vigencia el nuevo código en todo e país. En este punto se resalta que cuando un juez o un fiscal escuche en declaración a un joven, la ley exige que deberá entregar el cuestionario de preguntas al defensor de familia especializado para que interroge al menor, por eso la ley ordena que por lo menos haya un funcionario para este cargo en todos los municipios del país.

Con esta nueva ley no pueden obtener ningún beneficio en materia penal como: casa por cárcel; rebajas por sentencia anticipada, confesión ó rebaja de penas para quienes cometan abusos contra los niños y niñas. Igualmente, se someterán al "escarnio público" los violadores de niños, es decir, que serán expuestos (su nombre y fotografía) ante los medios de comunicación.

En este sentido y en lo que respecta a la parte penal de ley de infancia y adolescencia en sus puntos más relevantes la senadora Gina Parody manifiesta en las distintas entrevistas que atendió lo siguiente:

Los adolescentes comienzan a ser responsables penalmente desde los catorce años de edad. Sin embargo, entre los doce (12) y los catorce (14) no hay privación de la libertad, solo en el caso en que el adolescente incumpla la sanción impuesta o el compromiso con el juez.

Los menores que cometan delitos tendrán garantizado el debido proceso y serán juzgados bajo el sistema penal acusatorio y las penas se aplicarán de la siguiente manera:

Los jóvenes que al delinquir se encuentren en la franja de los catorce (14) a los dieciocho (18) años deben ser penalizados como adultos, solo si en el actual código penal la pena mínima para el delito es de seis (6) años, al menor se le aplicará una pena de cinco (5) años. En el caso de delitos como homicidio, secuestro o extorsión, se le impondrán hasta ocho (8) años de pena privativa de la libertad.

También existirá privación de la libertad cuando haya reincidencia en cualquier delito e incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez.

La pena privativa de la libertad se ejecutará en centros especializados de reclusión juvenil.

Las sanciones que se impondrán, cuando no haya cabida a la pena privativa son:

- Amonestación
- Imposición de reglas de Conducta
- Prestación de servicios a la comunidad

Libertad Asistida o libertad vigilada: el juez le da la libertad pero lo obliga a asistir a programas de orientación o capacitación que el ICBF contrata con ONGS allí tienen charlas con psicólogos, en algunas los capacitan laboralmente, integran a la familia para que asuman roles y responsabilidades.

Internación en medio o semi-cerrado: el semicerrado es una privación de la libertad pero con permiso de estudiar es decir puede salir en horario escolar y regresar a dormir a la institución, o puede solo estar los fines de semana encerrado.

Por otro lado, en la Ley, el maltrato infantil se define como lesiones personales agravadas por ser contra un menor. Van a castigarse con penas superiores a los tres años de prisión. De acuerdo al actual código penal, las penas serán el doble frente a las establecidas para los adultos. Además éstas no serán excarcelables.

En cuanto a los abusadores y violadores aclara “con esta ley no habrá más Garavitos”. En esta Ley se eliminan todos los beneficios penales para las personas que cometan delitos contra los niños, niñas y adolescentes en el país. Únicamente recibirán las rebajas de pena por buen comportamiento y estudio, lo que evitaría que quienes cometan delitos contra los menores reciban la casa por cárcel o salgan libres con penas irrisorias. Se acaban las rebajas de penas por sentencia anticipada o confesión, así como la casa por cárcel.

En cuanto a las casas de adopción, la ley les permite seguir en la tarea de dar menores en adopción, pero les prohíbe recibir donaciones de personas naturales o jurídicas nacionales e internacionales cuando se conviertan en pago por los menores que entregan, es decir como consecuencia de la adopción del niño. Además es el Instituto de Bienestar Familiar el encargado de ejercer control y vigilancia sobre estas casas.

En este tema de adopción la Senadora Gina Parody manifiesta “El proceso para adoptar un niño en el país seguirá siendo igual. Únicamente se prohíben las donaciones como contraprestación o condición para entregar un niño, una niña o un adolescente, en adopción”. Además afirma que “se ratifica al ICBF como la autoridad central en materia de adopciones. Será el que tiene la facultad de autorizar a los organismos acreditados y agencias internacionales para que cumplan esta función, bajo su vigilancia”.

Con respecto a la edad mínima para que los menores puedan trabajar pasa de doce a quince años con el respectivo permiso de los padres, exigiendo a los municipios y departamentos desarrollar, con el Sistema Nacional de Bienestar

Familiar, políticas para erradicar el trabajo infantil. La Senadora Gina Parody aclara este tema diciendo “El artículo 34 de la ley deja claramente establecida la prohibición de admitir menores de quince años en algún empleo u ocupación. Los menores de quince años pueden excepcionalmente desempeñar actividades remuneradas de orden artístico, cultural, recreativo o deportivo, siempre que no se afecte su salud ni su proceso educativo”.

El nuevo Código de la Infancia obliga al Estado a garantizar la Universalización de la educación y la salud; así es responsable de dar educación gratuita a los menores, sólo hasta el grado 9 de bachillerato, restringiendo en alguna medida la responsabilidad del estado en materia de educación, debido a que no garantiza la totalidad del bachillerato.

En cuanto a su entrada en vigencia e implementación es preciso señalar que corresponde al estado y sus distintos estamentos, por ello el Procurador General De La Nación Edgardo José Maya Villazón, con motivo de la entrada en vigencia del sistema de responsabilidad para adolescentes, Libro II del nuevo Código De La Infancia y la Adolescencia, en instalaciones del Consejo Superior de la Judicatura el día Lunes 12 de marzo de 2007 afirmó “Todavía queda mucho por hacer, en especial en la materialización de los derechos en la implementación de lo normado por parte de todas las entidades que dan dinámica al estado, por ello el pasado 27 de diciembre expedimos la Directiva 0011 en la que requerimos a las autoridades y entidades con responsabilidades específicas para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes a coordinar , brindar apoyo técnico, definir e implementar lineamientos para el cumplimiento de las obligaciones” legales en materia de Infancia y Adolescencia, teniendo en cuenta el ciclo de vida, el enfoque de garantía y el restablecimiento de derechos.

Con esta exposición y desarrollo de La Ley de Infancia y Adolescencia en el tema que se investiga, puede evidenciarse la importancia y necesidad de su expedición encontrándose acorde con la Convención sobre los derechos de los niños. Esta nueva Ley tiene como base la Teoría de la protección integral y en consecuencia la corresponsabilidad de la familia, el estado y la sociedad, quienes deben actuar en forma articulada y conjunta en busca de brindar una protección y garantía de los derechos de los menores en forma permanente, por tanto, la Ley delega responsabilidades taxativas en cabeza de cada uno de los actores, y muestra claramente la mayor relevancia que tiene la responsabilidad del estado en esta materia siendo finalmente el obligado a vigilar, proteger y garantizar el ejercicio y goce de los derechos de los niños en todo momento y lugar, es decir protege a la sociedad, la familia y consecuentemente a los menores que la integran.

### 3. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El concepto de bloque de constitucionalidad tuvo su origen en la jurisprudencia del Consejo constitucional francés con Favoreus quien por primera vez dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958 y utilizó el concepto de normas de constitucionalidad bajo la denominación de *“principios y reglas de valor constitucional”*, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, tal como fue confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946“.

De Francia este concepto pasó a otros países europeos, como España, en donde se definió el bloque como *“un conjunto de normas que ni están incluidas en la Constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen”*<sup>26</sup>

En los sistemas normativos de los países del viejo continente; como sucede con la Constitución Austriaca, se integraron las normas de Derecho Internacional a su bloque de constitucionalidad. Así, en Italia el ordenamiento jurídico internacional adquirió por mandato de la misma constitución prevalencia y aplicación preponderante frente al ordenamiento jurídico interno. El artículo 25 de la Constitución de Alemania Occidental establecía por su parte que *“las reglas generales de derecho internacional firman parte del derecho federal. Tendrán precedencia sobre las leyes y crearán derechos y deberes directamente para los habitantes del territorio federal”*.<sup>27</sup>

Después de recorrer Europa, el criterio del bloque llegó a la jurisprudencia colombiana. Realmente fue a partir del año de 1.995 que la Corte Constitucional en Colombia comenzó a incorporar el concepto de bloque de constitucionalidad, pues con la Carta Política de 1.886 la idea de la prelación existente de normas de Derecho Internacional y la legislación interna no era de gran aceptación. Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la época, se negó a ejercer el control de constitucionalidad de las leyes frente a los textos de derecho internacional.

De esta forma sólo hasta la expedición de la carta política expedida en 1.991 este concepto de bloque de constitucionalidad se incorporó a nuestra legislación, así al interior de nuestra actual Constitución Política son seis los artículos que definen los parámetros de adopción de las normas internacionales en el orden interno por

---

<sup>26</sup> RUBIO LLORENTE, Francisco. Bloque de Constitucionalidad. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Vol. III, año 9, no. 27, (septiembre-diciembre 1989 P. 371.

<sup>27</sup> JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo.. Introducción al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. En: Revista Jurídica Buenos Aires. 1962. P. 1-111.

cuanto confiere una fuerza jurídica interna clara a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

### **3.1 FUNDAMENTOS LEGALES DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA**

**Artículo 9º:** Reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;

**Artículo 93:** Establece que ciertas normas internacionales de derechos humanos “prevalecen en el orden interno”, y que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Al respecto la corte se pronuncia en sentencia C- 019-93, magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Barón “...el artículo 93 de la Carta, que establece que los tratados y convenios internacionales -ratificados por el Congreso-, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno”.

**Artículo 94:** Establece que “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”

**Artículo 214:** Al regular los estados de excepción indica que incluso en esos momentos de crisis, no pueden “suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales”, y que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” en su numeral 2.

**Artículo 53:** Preceptúa: “Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”

**Artículo 102:** Dice en su inciso 2 que “Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República”.

El bloque de constitucionalidad entonces se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formal y explícitamente en el articulado del texto constitucional, han sido integrados a este normativamente por distintas vías y por mandato de la

propia constitución, además se consideran preceptos y parámetros de control de constitucionalidad de las leyes<sup>28</sup>.

En este sentido la corte se pronunció en Sentencia C-067/03 así

*La Corporación definió entonces el bloque de constitucionalidad como aquella unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.*

Para la Corte los tratados internacionales de derechos humanos que protegen los derechos fundamentales de los niños hacen parte del bloque de constitucionalidad según sentencia C- 1068-03 MP: Jaime Araújo Rentería. Así mismo, los derechos humanos de los niños se han ido desarrollando alrededor de la disposición constitucional que garantiza su especial protección, y además alrededor de los tratados internacionales de derechos humanos que los protegen; En este aspecto es necesario resaltar la importancia que la gran mayoría de los derechos sociales ha tomado ,como la educación y la salud que sin tener que establecer ningún tipo de conexidad se toman como derechos fundamentales del mismo estatus que el derecho a la vida, esto se expone en las Sentencias T-1008-04 MP: Jaime Araujo Rentería, y T-1061-04 MP: Manuel José Cepeda Espinosa .

Según la misma sentencia y los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, el bloque de constitucionalidad comporta tres niveles diferentes, que la jurisprudencia ha llamado el bloque en sentido estricto y el bloque en sentido lato. Estos tres niveles son:

- a. Las normas de rango constitucional;
- b. Los parámetros de constitucionalidad de las leyes; y
- c. Las normas que son constitucionalmente relevantes en un caso específico.

El bloque de constitucionalidad en sentido estricto está compuesto por:

---

<sup>28</sup> Sentencia C-225-95 MP: Alejandro Martínez Caballero Posición reiterada en sentencia C-578-95 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia C-358-97 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz y en Sentencia C-191-98 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz

- a. El preámbulo de la Constitución;
- b. La Constitución;
- c. Los tratados limítrofes de derecho internacional ratificados por Colombia;
- d. La ley estatutaria que regula los estados de excepción;
- e. Los tratados de Derecho Internacional Humanitario;
- f. Los tratados de derecho internacional que reconocen derechos Intangibles;
- g. Los artículos de los tratados de derecho internacional de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta.
- h. La doctrina elaborada por los tribunales internacionales u órganos de control de los tratados de derechos humanos en relación con esas normas internacionales restrictivamente y sólo en determinados casos.

El bloque de constitucionalidad en sentido lato como parámetro de constitucionalidad de las leyes está compuesto por:

- a. Las leyes orgánicas; y
- b. Las leyes estatutarias en lo pertinente.

Por su parte el profesor Rodrigo Uprimmy es más específico al referirse a las normas que integran el bloque de constitucionalidad, recogiendo en una descripción doctrinal los conceptos de la corte; así para él, hacen parte del bloque en sentido estricto: El preámbulo, el articulado constitucional, los tratados de límites ratificados por Colombia, los tratados de derecho humanitario, los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, lo artículos de los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia cuando se trate de derechos reconocidos por la carta, la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales, esta lista en general también incluye los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. El bloque en sentido lato y se le agregaría a los mencionados anteriormente: Las leyes estatutarias y las orgánicas en lo pertinente *“Uprimy, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”*.<sup>29</sup>

Entendiendo el bloque en forma general se evidencia que una de las razones que motivó a quienes tienen a su cargo la labor legislativa en nuestro país, es la de adecuar la ley sobre infancia y adolescencia al sistema de fuentes del derecho establecida por la Constitución Política de 1.991, por lo que se introduce a esta reforma el bloque de constitucionalidad, especificándose la importancia de la

---

<sup>29</sup> TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La corte Constitucional y el control de constitucionalidad. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá: 2.004. P. 182.

Convención sobre los derechos del niño; esta Convención de carácter nacional y supranacional que hoy preside el ordenamiento jurídico de los menores en nuestro país según lo explican los ponentes de esta ley.

La reforma que se implementa sobre la legislación del menor en Colombia se requería con urgencia, ya que a pesar de que la Constitución Política establece que los tratados y convenios que reconocen derechos humanos ratificados por el congreso, conforman el **bloque de constitucionalidad** y por tanto, prevalecen en nuestro ordenamiento Jurídico, es necesario brindar las herramientas jurídicas al interior de nuestra normatividad para que de esta forma exista una aplicación real y veraz de los principios que deben regir a los menores según la Convención sobre los derechos de los niños, más aún cuando en el articulado de este tratado, específicamente en el artículo 2.1 se dispone “*Los estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente convención, y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, , el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales*” (lo subrayado es mío). Y se cita este artículo de la Convención pues encierra tanto la teoría de protección integral del menor, como la necesidad de crear mecanismos que definan la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el ESTADO, ya que directamente se le está otorgando al estado la responsabilidad de respetar los derechos enunciados en el instrumento y garantizar su aplicación a cada niño.

Entonces, la primera medida que debía verificarse era definitivamente la reforma legal (Políticas jurídicas), mediante la cual se soportan las normas que servirán de guía para la implementación de las demás políticas que son las sociales, económicas y culturales, pues sin fundamento legal no es posible garantizar a los menores de nuestro país los derechos que les corresponden por mandato constitucional y, por los distintos instrumentos internacionales ratificados por el congreso.

Así, la ley de Infancia y Adolescencia buscó la plena adaptación de la convención de los derechos del niño, con la expresa incorporación de cada uno de sus principios, del concepto de bloque de constitucionalidad, de corresponsabilidad del estado, la familia y la sociedad y por tanto de la teoría de la protección integral de los menores; es decir una ley acorde con la legislación internacional sobre el tema y con las necesidades que demanda la citación actual del menor.

Estando incorporado el concepto de bloque de constitucionalidad a la ley de infancia y adolescencia en estudio, es necesario determinar a la luz de este concepto cuáles son los datos que nos puede arrojar sobre la corresponsabilidad del estado, la sociedad y la familia y el tratamiento que se da al menor en lo que se llama el bloque, esto, específicamente en la materia que nos interesa

investigar. De esta forma a continuación se desarrollará el bloque de constitucionalidad al interior del tratamiento de menores y la correlativa corresponsabilidad de los tres actores ya mencionados, lo anterior, tomando como base la normatividad que llegue a aportar algunas ideas sobre la corresponsabilidad al ser el tema relevante en esta oportunidad.

### **3.1.1 Normativa Internacional**

Los acuerdos y las declaraciones internacionales sobre derechos del niño suscritos por Colombia - Declaración de los derechos del niño, ONU, 1959 y Convención sobre los derechos del niño de 1989, aprobada por la Ley 12 de 1991 - postulan expresamente el principio del interés superior del niño y el deber de protección especial (Declaración de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1959, principio 2; Convención sobre los derechos del niño, artículo 3). Protección inmediata que debe dispensarse al menor que se encuentre en una situación de peligro grave para su vida e integridad personal y que al interior de estos instrumentos se determinará a quienes les corresponda estas responsabilidades.

Se encontrará posteriormente un estudio sobre los principales tratados internacionales en materia de menores, pero sólo de aquellos que pueden brindar herramientas para efectos de la investigación, es decir en lo que respecta a la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad con los menores.

Debe ser claro que para la interpretación de los convenios y tratados internacionales en materia de menores se requiere tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en este sentido que se encuentra en la sentencia C 041-94, *"El valor interpretativo de los convenios internacionales vigentes es realzado por la misma Constitución que ordena interpretar los derechos y deberes consagrados en ella de conformidad con los mismos. Pero, cabe anotar, que además de su función hermenéutica, las estipulaciones de los tratados y convenios suscritos por el país, como cabalmente ocurre en esta materia de los derechos del niño, tienen efecto normativo directo una vez han sido incorporados al derecho interno"*.

Además, no se debe olvidar que la necesidad de poner especial atención a la situación de los niños fue reconocida originalmente en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 1924, y luego en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959. Tanto los instrumentos generales sobre Derechos Humanos como ciertos instrumentos provenientes de agencias especializadas, por ejemplo la Organización Internacional del Trabajo ("OIT") contienen disposiciones sobre derechos del niño. El instrumento más importante de la OIT relacionado con este tema es el Convenio 138 sobre la edad mínima, del año 1973. Dicho instrumento establece que los Estados Partes se comprometen a *"seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente*

*la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores".*

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados que ratifican tratados o convenciones, adquieren obligaciones inaplazables, en especial la de incorporar en el menor tiempo posible el contenido y alcance de dichos instrumentos en las normas jurídicas internas, y la de exigir a las autoridades públicas la no aplicación de normas domésticas que sean contrarias al espíritu de los principios contenidos en ellos. El Estado colombiano ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño al igual que otros instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos de la niñez, documentos normativos que debía incorporar de manera perentoria en su legislación interna. Así mismo, el Estado que ratifica los instrumentos internacionales que reconocen derechos humanos se someten al examen de los distintos comités que se integran por mandato explícito de las diferentes Convenciones y Pactos.

Este monitoreo arroja como resultado observaciones y recomendaciones (*Informe Final del Comité para los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Octubre 16 de 2000. “- Sigue preocupando al Comité que la legislación del Estado Parte sobre los derechos del niño no sea todavía enteramente compatible con los principios y disposiciones de la Convención, en particular porque la revisión del Código del Menor que comenzó en 1995, se retrasa. – El Comité recomienda que el Estado parte revise su legislación existente y la armonice con todas las disposiciones de la Convención. – El Comité sugiere que el Estado tome las medidas para que haya una buena coordinación entre las instituciones que se ocupan de los derechos humanos, y las que se ocupan de los derechos del niño con miras a establecer un mecanismo de vigilancia de la aplicación de la Convención a nivel nacional, regional y local, que pueda evaluar la situación real de los niños y reducir la disparidad entre el derecho y su aplicación práctica. – El Comité recomienda que el Estado Parte, a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Convención tome todas las medidas apropiadas para lograr que se asignen suficientes créditos presupuestarios a los servicios destinados a los niños, en particular en materia de educación y salud, y que se preste especial atención a la protección de los derechos de los niños pertenecientes a grupos vulnerables. Informe año 2000. Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. – Reitera al Estado colombiano la necesidad de mejorar y ampliar las acciones y programas de atención y reinserción social dirigidos a los niños y niñas en situación más vulnerable de la sociedad colombiana. – Así mismo insta al Estado colombiano para que sea aprobada la reforma del Código del Menor en armonía con lo establecido en la Convención sobre Derechos del Niño. – La Alta Comisionada reitera la necesidad de armonizar la normativa interna con la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño en sus informes desde 1994)* que deben ser tenidas en cuenta y acatadas por los

Estados Partes, y fue precisamente debido a estas recomendaciones que se reformó la legislación de la niñez y se adoptó la ley de Infancia y Adolescencia. Los principios que se señalan en el marco internacional de derechos humanos se aplican tanto para los niños como para los adultos. La infancia está mencionada concretamente en muchos de los instrumentos de derechos humanos; las normas se modifican o se adaptan específicamente cuando las necesidades y preocupaciones en torno a un derecho se aplican concretamente a la niñez. La Convención sobre los Derechos del Niño reúne los derechos humanos de la infancia que estaban articulados en otros instrumentos internacionales. Esta Convención articula los derechos de un modo más completo y proporciona una serie de principios rectores que conforman el concepto fundamental que tenemos de la infancia.

**Tabla 2 Instrumentos internacionales en Colombia**

DENOMINACIÓN DEL INSTRUMENTO INTERNACIONAL	SUSCRITO	LEY. APROBATORIA	FECHA DE RATIFICACIÓN	DEPOSITARIO
Convenio sobre la Abolición del Trabajo Forzoso	28 de junio de 1930 Ginebra	Ley 54 de 1962 D.O. 30.947	7 de junio de 1963	O.I.T. Organización Internacional de Trabajo
Convención sobre Trabajo Forzoso		Ley 23 de 1967	4 de marzo de 1969	O.I.T. Organización Internacional de Trabajo
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	16 de diciembre de 1966	Ley 74 de 1968 D.O. 32.681	29 de octubre de 1969	O.N.U. Organización de Naciones Unidas
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 de diciembre de 1966	Ley 74 de 1968 D.O. 32.681	29 de octubre de 1969	O.N.U. Organización de Naciones Unidas
Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	16 de diciembre de 1966	Ley 74 de 1968 D.O. 32.681	29 de octubre de 1969	O.N.U. Organización de Naciones Unidas
Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica)	22 de noviembre de 1969	Ley 16 de 1972 D.O. 33.780	31 de julio de 1973	O.E.A. Organización de Estados Americanos

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	10 de diciembre de 1984	Ley 70 de 1986 D.O. 37.737	8 de diciembre de 1987	O.N.U. Organización de Naciones Unidas
Convención sobre los Derechos del Niño	20 de noviembre de 1989	Ley 12 de 1991	28 de enero de 1991	O.E.A. Organización de Estados Americanos
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador	17 de noviembre de 1988 San Salvador	Ley 319 de 1996 D. O. 42884 Decreto 429 de 2001	22 de octubre de 1997	O.E.A. Organización de Estados Americanos
Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura	9 de diciembre de 1985 Cartagena de Indias	Ley 409 de 1997 D.O. 43164	2 de diciembre de 1998	O.E.A. Organización de Estados Americanos
Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores	18 de marzo de 1994 México D.F.	Ley 470 de 1998 D.O. 43.360	12 de junio de 2000	O.E.A. Organización de Estados Americanos
Convenio 138 sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo	26 de junio de 1973 Ginebra (Suiza)	Ley 515 de 1999 D.O. 43.656		O.I.T. Organización Internacional de Trabajo
Declaración de los Derechos del Niño.	20 de noviembre de 1959			

### 3.2 CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La Convención de los derechos del niño fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

Ha habido más países que han ratificado la Convención que cualquier otro tratado de derechos humanos en la historia: hasta el mes de noviembre de 2005, un total de ciento noventa y dos países se habían convertido en Estados Partes de la

Convención. Lo que evidencia que este Convenio ha tenido gran aceptación a nivel mundial, muestra de ello son las más de ciento noventa ratificaciones que ha obtenido.

Sin embargo, la Convención sobre los Derechos del Niño es el tratado de derechos humanos más amplia y rápidamente ratificado de toda la historia. Solamente dos países, los Estados Unidos y Somalia, no lo han hecho. En la actualidad, Somalia no puede avanzar hacia la ratificación debido a que carece de un gobierno reconocido. Al firmar la Convención, los Estados Unidos han indicado su intención de ratificarla, pero todavía no lo han hecho.

Dentro de la historia jurídica de la infancia a través de los tiempos, el año 1.989 tuvo una notable importancia en esta área, ya que durante ese año los países organizados, después de superar aproximadamente diez años de discusión y estudios, lograron la aprobación del texto de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de la niñez. Se define entonces por la UNICEF con dos enfoques: Socialmente; como “el acuerdo al que llegaron varios estados, en relación con la necesidad de proporcionar a la niñez un mínimo de satisfacciones que les permita vivir en condiciones de dignidad” y, yo agregaría, a este concepto que además se busca el fin de una protección integral de sus derechos como sujetos activos de los mismos. Y jurídicamente “La codificación de dispersión normativa, que en materia de derechos humanos existe, y su materialización en derechos subjetivos para la infancia”.

Este tratado Internacional de cincuenta y cuatro artículos profundiza los derechos del niño, reafirmando la necesidad de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, subraya de manera especial la responsabilidad primordial de la familia por lo que respecta a la protección y asistencia; la necesidad de protección jurídica y no jurídica del niño antes y después de su nacimiento; la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño, y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

Es importante tener en cuenta el significado de la palabra “convenir”, y significa estar de acuerdo acerca de algo y tomar una responsabilidad ante lo que se “conviene”. La Convención de los Derechos del Niño es un conjunto de normas acordadas que deben respetar todos los países que la firmaron y ratificaron, en este sentido son los estados los responsables de su cumplimiento.

El principal instrumento internacional que rige específicamente los derechos del niño es la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en el marco de la Organización de Naciones Unidas ("ONU") en el año 1989 y ratificada por Colombia el 28 de enero de 1991. Respecto a dicho instrumento, se ha sostenido que:

*En su forma final, la Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado comprensivo sobre derechos humanos. Siguiendo el modelo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención combina en un tratado tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales. Más aún, la Convención excede el ámbito de la Declaración Universal, mediante la incorporación de estándares de derecho humanitario y mediante la inclusión de nuevos derechos nunca antes protegidos por un tratado internacional sobre derechos humanos.<sup>30</sup>*

La Convención sobre los Derechos del Niño es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas, definidos como personas menores de dieciocho años. La Convención establece en forma de ley internacional que los Estados Partes deben asegurar que todos los niños y niñas - sin ningún tipo de discriminación, se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia; tengan acceso a servicios como la educación y la atención de la salud; puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades y talentos; crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; y reciban información sobre la manera en que pueden alcanzar sus derechos y participar en el proceso de una forma accesible y activa.

Los artículos de la Convención proponen nuevos aportes a los contenidos en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Y fundamentalmente avanza en el aspecto jurídico, al hacer a los Estados firmantes "jurídicamente" responsables de su cumplimiento.

La referida Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados partes tendrán la obligación de respetar y garantizar a cada niño, dentro de su jurisdicción, los derechos establecidos en la Convención, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, nacionalidad, origen étnico o social, propiedad, incapacidad u otro status del niño, de sus padres o de sus guardianes legales. (Artículo 2).

La ratificación de la Convención por parte de los estados trae aparejadas grandes responsabilidades (Artículo 4 de la Convención dice: "Los estados partes adoptaran todas las medidas, administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención...") y compromisos para los mismos, ya que este instrumento al superar la debilidad de las declaraciones de derechos adquiere fuerza vinculante y establece mecanismos de verificación ante su incumplimiento (artículo 43 y 44 de la Convención sobre los derechos de la niñez) , quedando obligados los estados que la ratificaron a dar a

---

<sup>30</sup> PRICE COHEN, Cynthia. The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child, St. Thomas Law Review, Vol. 6, 1993, P. 18 (Traducción de la Comisión)

conocer y difundir ampliamente sus principios y disposiciones por medios eficaces y siendo destinatarios de esta información tanto los adultos como los niños.

Sobre este mismo artículo 4 se puede comentar que las condiciones sociales, económicas, culturales y jurídicas de los menores al ser tan precarias, han permitido la masiva aceptación de esta Convención mediante la cual se toman medidas para garantizar condiciones más dignas y acorde con el tratamiento que se le debe brindar a un menores. Son los estados parte entonces, los responsables de tomar estas medidas, pues es un instrumento que adquiere toda la fuerza vinculante frente a los países que hacen parte de esta gran convención, esta obligación puede verse claramente en el artículo 4 de la convención sobre los derechos de la niñez, y para el cumplimiento de estos preceptos se hace necesario establecer mecanismos de verificación ante su incumplimiento. Así cada uno de los estados debe además dar a conocer sus principios y disposiciones por medios eficaces a los adultos y la niñez y de esta forma al divulgarlo tienen también la facultad de exigir su cumplimiento (Artículo 42 Convención sobre derechos de la niñez).

Así, la finalidad de examinar, estudiar y verificar los procesos implementados para el cumplimiento de esta Convención, se establece un comité de derechos de la niñez, al cual los estados se comprometen a presentar informes sobre las medidas tomadas y tendientes a garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidas dentro de la misma (Artículo 43 y 44 de la convención sobre los derechos de la niñez).

La Convención sobre los Derechos del Niño establece, la obligación que tienen los Estados partes de garantizar la creación de instituciones y servicios destinados a su cuidado ( artículo 18.) y la de adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas para proteger a los niños de toda forma de violencia física o mental, lesión corporal, o abuso, trato negligente, maltrato o explotación, incluyendo abuso sexual, mientras permanezcan bajo el cuidado de los padres, guardianes legales, u otra persona que tenga a cargo su cuidado. (Artículo 19. De acuerdo con la misma disposición, tales medidas deben incluir procedimientos efectivos para el establecimiento de programas sociales destinados a darle al niño y a los que están encargados de su cuidado el apoyo necesario para la identificación, denuncia, investigación, tratamiento y seguimiento de las formas de violencia antes mencionadas, y para la intervención judicial). Sobre este artículo 19 la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia C-059/05, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández diciendo “La violencia intrafamiliar no demanda del Estado exclusivamente una respuesta de carácter represivo. Dada las dimensiones y trascendencia de este fenómeno sistemático que socava la institución básica de la sociedad, al considerársele destructiva de su armonía y unidad, en el concierto internacional los Estados han aprobado distintos instrumentos que proscriben cualquier tipo de violencia, incluyendo por supuesto la que se produce en el núcleo familiar, así- como otros orientados a proteger

contra ella sujetos especiales. Es así como en relación con los niños, la Convención Internacional de los Derechos del Niño en su artículo 19 : Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

Esas medidas de protección deberán comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial”.

Queda claro, entonces que es el Estado que adopta la Convención el directamente responsable de su cabal cumplimiento y de garantizar cada una de las medidas que allí se plasman, tanto que debe rendir informes sobre su gestión en este sentido; es decir debe implementar los mecanismos necesarios para brindar estas garantías y además debe velar por su cumplimiento. Así esta sería la principal responsabilidad del estado en el área internacional en y principio no entraría aquí la familia y la sociedad como corresponsables.

El punto esencial que toca esta Convención definitivamente es que la base conceptual en la que se apoya o desde la cual construye toda su normativa es la TEORIA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL en donde entra a jugar un papel esencial para la aplicación de este instrumento y de la legislación de menores en general en los países que se adopte, los tres actores corresponsables, esto es la familia, la sociedad y el estado, por tanto también introduce el concepto de CORRESPONSABILIDAD en la protección de los derechos de los niños como un nuevo paradigma de la niñez a escala mundial.

Al adoptarse todas las medidas tendientes a la eficacia y real cumplimiento de esta convención, se requiere adecuar las legislaciones internas a los principios, preceptos y mandatos que establece esta Convención, de lo contrario podría convertirse en un escrito más que no se adapta ni se cumple en la realidad y contexto actual, así era necesaria la ley de Infancia y adolescencia que se aprobó en el congreso.

En nuestro país, antes de esta aprobación, encontrábamos una situación dramática y alarmante de los menores, y una de las razones determinantes es que no existía una normatividad interna que permitiera la verdadera protección integral que merecen los menores, obviamente en razón a una legislación más

antigua (decreto) que la misma convención y por tanto, prácticamente obsoleta para las nuevas necesidades que demanda la niñez.

En el proceso de reforma a la legislación interna sobre la niñez, debía existir un marco teórico que la fundamentara, por lo que debía extraerse la base conceptual de la convención que es la Doctrina de protección Integral, y debía tomarse como directriz para de allí desencadenar toda la normatividad acorde a este principio, sustituyendo la antigua "Situación Irregular".

Se debía articular la normatividad y las políticas públicas a la luz de esta convención internacional. Esto también con el apoyo de grupos sociales fuertes que ejerzan la suficiente presión para que los entes políticos permitan y hagan posible el proceso que va a beneficiar la niñez colombiana.

Esta Convención constituye un punto de referencia común que sirve para analizar los progresos alcanzados en el cumplimiento de las normas en materia de derechos humanos infantiles y para comparar los resultados. Al haber aceptado el cumplimiento de las normas de la Convención, los gobiernos están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención; a convertir estas normas en una realidad para los niños y niñas; y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir o conculcar el disfrute de estos derechos. Los gobiernos están también obligados a presentar informes periódicos ante un comité de expertos independientes sobre los progresos alcanzados en el cumplimiento de todos los derechos.

El Comité de los Derechos del Niño, un organismo compuesto por expertos independientes elegidos internacionalmente, con sede en Ginebra, desde donde verifica la aplicación de la Convención, exige a los gobiernos que han ratificado el tratado a que sometan informes periódicos sobre la situación de los derechos de los niños en sus países. El Comité analiza y comenta estos informes y alienta a los estados a que tomen medidas especiales y establezcan instituciones especiales para la promoción y protección de los derechos de la infancia. Cuando es necesario, el Comité solicita asistencia internacional a otros gobiernos y asistencia técnica a organizaciones como UNICEF. Para obtener más información, véase la página "Aplicación" bajo "Uso de la Convención de la Infancia".

La Convención presenta una serie de normas universales a las que todos los países pueden prestar su adhesión. Refleja una nueva perspectiva sobre la infancia. Niños y niñas no son ya ni la propiedad de sus padres ni los beneficiarios indefensos de una obra de caridad. Son seres humanos y los titulares de sus propios derechos. Según la perspectiva que presenta la Convención, el niño es un individuo y un miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su madurez. Reconocer los derechos de la infancia de esta forma permite concentrarse en el niño como un ser integral. Si en una época las necesidades de los niños se consideraron un

elemento negociable, ahora se han convertido en derechos jurídicamente vinculantes. Debido a que ha dejado de ser el receptor pasivo de una serie de beneficios, el niño se ha convertido en el sujeto o titular de sus derechos.

La Convención registra algunas tiene como particularidades intrínsecas y extrínsecas como las siguientes:

- Se aplica en prácticamente toda la comunidad de naciones, con lo que ofrece un marco ético y jurídico común que permite formular un programa dedicado los niños. Al mismo tiempo, constituye un punto de referencia común según el cual es posible valorar los progresos alcanzados.
- Representa la primera vez en que se realizó un compromiso formal para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y verificar los progresos alcanzados en favor de la infancia.
- Indica que los derechos de los niños y niñas son derechos humanos. No son derechos especiales, sino más bien los derechos fundamentales integrales a la dignidad humana de toda las personas, incluidos los niños y niñas. Los derechos de la infancia no pueden considerarse por más tiempo como una mera opción, como si fuera un favor o una gentileza dedicada a los niños, o una obra de caridad. Los derechos generan obligaciones y responsabilidades que todos debemos cumplir y respetar.
- Fue aceptada incluso por entidades no estatales. El Ejército Popular de Liberación del Sudán, un movimiento rebelde en el sur del Sudán, es un ejemplo.
- Es un elemento de referencia para muchas organizaciones que trabajan con los niños o en favor de ellos, incluidas las ONG y las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas.
- Reafirma que todos los derechos son importantes y esenciales para el desarrollo pleno del niño y la importancia de dirigirse a todos y cada uno de los niños y niñas.
- Reafirma la noción de que el Estado es responsable por el cumplimiento de los derechos humanos, y los valores de transparencia y escrutinio público asociados con ella.
- Promueve un sistema internacional de solidaridad diseñado para alcanzar el cumplimiento de los derechos de la infancia. Utilizando como punto de referencia el proceso de presentación de informes que establece la Convención, se exhorta a los países donantes a que ofrezcan su asistencia en aquellas esferas en que se han definido necesidades concretas; asimismo, los países beneficiarios tienen que encauzar hacia estas esferas la asistencia al desarrollo que reciben del exterior.

- Subraya y defiende la función de la familia en las vidas de los niños y niñas.

De esta manera la Convención define como "niño" o "niña" a toda persona menor de dieciocho años, a menos que las leyes pertinentes reconozcan antes la mayoría de edad. En algunos casos, los Estados tienen que mantener una coherencia a la hora de definir las edades de referencia, como la edad para trabajar y la edad para terminar la educación obligatoria; pero en otros casos, la Convención no deja equívocos cuando se trata de establecer los límites, como ocurre en el caso de la prohibición de condenar a la pena capital o la pena de muerte a una persona menor de dieciocho años.

Por medio del análisis de los informes de los países, el Comité exhorta a todos los sectores del gobierno a que utilicen la Convención como un punto de referencia en la elaboración y aplicación de políticas para:

- Formular un amplio programa nacional para la infancia.
- Establecer organismos o mecanismos permanentes para promover la coordinación, la verificación y la evaluación de las actividades de todos los sectores gubernamentales.
- Velar por que todas las leyes sean plenamente compatibles con la Convención.
- Aumentar la presencia de los niños y niñas en los procesos de formulación de políticas de todos los sectores del gobierno mediante la introducción de una evaluación de los efectos de las medidas sobre la niñez.
- Realizar un análisis presupuestario adecuado para establecer la proporción de fondos públicos que se emplean en la infancia y asegurar que estos recursos se utilicen de una forma efectiva.
- Asegurar que se recopila una cantidad suficiente de datos y se utilizan para mejorar la situación de todos los niños y niñas en todas las jurisdicciones.
- Incrementar la toma de conciencia y difundir información sobre la Convención mediante programas de formación destinados a todas las personas que participan en la formulación de políticas gubernamentales y que trabajan con niños o para ellos.
- Involucrar a la sociedad civil -incluidos los propios niños y niñas- en el proceso de aplicación y en la concienciación de la opinión pública sobre los derechos de la infancia.

- Establecer por ley oficinas independientes -defensores del pueblo, comisiones u otras instituciones- para promover y proteger los derechos de la infancia.

Quiere decir que son las funciones mencionadas también responsabilidad de cada uno de los estados para garantizar que esta Convención sea eficaz y se cumpla en la garantía de cada uno de los derechos de los menores, por lo tanto aquí también se limita la responsabilidad del estado como actor corresponsable.

Esta recopilación y clarificación de los derechos humanos de la infancia establece el entorno y ofrece los medios necesarios para permitir que todos los seres humanos desarrollen su pleno potencial. Los artículos de la Convención, además de establecer los principios básicos que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Los artículos también exigen la creación de mecanismos para proteger a la infancia contra el abandono, la explotación y los malos tratos.

Todos los niños y niñas tienen los mismos derechos. Todos los derechos están mutuamente relacionados y tienen la misma importancia. La Convención hace hincapié en estos principios y se refiere la responsabilidad de los niños y niñas de respetar los derechos de los demás, especialmente sus progenitores. Por el mismo motivo, la comprensión que tienen los niños de los temas que se suscitan en la Convención depende de su edad. Ayudar a la niñez a comprender sus derechos no significa que los progenitores deben obligarles a tomar decisiones cuyas consecuencias no puede asumir aún debido a su edad.

La Convención reconoce expresamente que la función principal en la crianza de los niños recae en sus progenitores. El texto alienta a padres y madres a abordar con sus hijos cuestiones relacionadas con sus derechos "en consonancia con la evolución de sus facultades" (artículo 5). Los progenitores, que conocen intuitivamente el nivel de desarrollo de su hijo, llevan a cabo esta tarea de forma natural. Los temas que debatan, la forma en que respondan a las preguntas, o los métodos disciplinarios que utilicen, dependerán de si el niño o niña tiene tres, nueve o dieciséis años. Aquí se limita también la responsabilidad de la familia pues se reconoce la importancia de sus funciones con respecto a sus hijos menores.

### **3.3 DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

En el preámbulo de la Convención se reitera el concepto de que los niños requieren atención y protección especial por ser particularmente vulnerables, destacando la responsabilidad de la familia en materia de atención primaria y protección. También se reafirma la necesidad de que las niñas y los niños reciban

protección antes y después del nacimiento. La importancia del respeto a los valores culturales de las comunidades y el papel fundamental de la cooperación internacional cuando se trata de garantizar los derechos de los niños y las niñas.

### **3.3.1 Igualdad**

Todos los derechos se aplican a todos los niños y niñas sin ninguna excepción. Es obligación del Estado protegerlos de toda forma de discriminación y adoptar medidas para fomentar sus derechos.

### **3.3.2 El interés superior de los niños**

Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en el artículo 8 de la nueva Ley de Infancia y Adolescencia. En la Convención una consideración primordial es el interés superior de los niños. El Estado deberá brindarle la atención adecuada cuando no lo hagan sus padres u otras personas que tengan esa responsabilidad a su cargo.

### **3.3.3 Supervivencia y desarrollo**

Todos los niños tienen el derecho intrínseco a la vida y el Estado tiene la obligación de garantizarles la supervivencia y el desarrollo.

### **3.3.4 Nombre y nacionalidad**

Desde el nacimiento los niños tienen derecho a un nombre, una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos. El Estado tiene la obligación de proteger y, de ser necesario, restablecer los aspectos fundamentales de la identidad del niño.

### **3.3.5 Separación de los padres**

Los niños y las niñas tienen derecho a vivir con sus padres excepto cuando se considere que ello es incompatible con el interés superior del niño. Los niños que estén separados de uno o ambos padres también tienen derecho a mantener relaciones personales y contacto directo los dos.

### **3.3.6 Esparcimiento, recreación y cultura**

Las niñas y niños tienen derecho al esparcimiento, al juego y a participar en actividades artísticas y culturales.

### **3.3.7 Trabajo infantil**

Los niños y niñas tienen derecho a la protección. El Estado debe garantizar que los niños no tengan que realizar ningún trabajo que ponga en peligro su salud, educación o desarrollo. El Estado fijará una edad o edades mínimas para trabajar y dispondrá la reglamentación apropiada de las condiciones de trabajo.

### **3.3.8 Estupefacientes**

Los niños y las niñas tienen derecho a la protección contra el uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y contra su participación en la producción y el tráfico de esas sustancias.

### **3.3.9 Explotación sexual**

El Estado debe proteger a los niños contra la explotación y los abusos sexuales, el ejercicio de la prostitución o la participación en espectáculos y materiales pornográficos.

### **3.3.10 Tortura y privación de la libertad**

Los niños no serán sometidos ni a torturas ni a penas crueles. Tampoco serán detenidos o privados de su libertad ilegalmente. No se impondrá la pena capital ni la cadena perpetua sin posibilidad de excarcelación a menores de dieciocho años de edad. Los niños privados de su libertad estarán separados de los adultos, a menos de que se considere contrario al interés superior del niño. Los niños privados de la libertad tendrán asistencia jurídica y contacto regular con su familia.

### **3.3.11 Niños con limitaciones**

Los niños física o mentalmente impedidos deben gozar del derecho a cuidados especiales, educación y capacitación con el objeto de ayudarlos a disfrutar de una vida plena y decente, en condiciones que aseguren su dignidad y le permitan llegar a integrarse a la sociedad.

### **3.3.12 Salud y servicios sociales básicos**

Los Estados harán especial énfasis en la prestación de atención primaria y preventiva de la salud, educación sanitaria y reducción de las tasas de mortalidad infantil. Al respecto, buscarán cooperación internacional y se esforzarán porque todos los niños tengan acceso a estos servicios.

### **3.3.13 Calidad de vida**

Los niños tienen derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Los padres tienen la responsabilidad primordial de proporcionar condiciones de vida adecuadas. El Estado es responsable de garantizar que los padres puedan dar cumplimiento a este derecho.

### **3.3.14 Educación**

Las niñas y los niños tienen derecho a la educación y es deber del Estado asegurar que la enseñanza primaria sea gratuita; fomentar el desarrollo de la enseñanza secundaria y facilitar el acceso a la enseñanza superior. El Estado fomentará la cooperación internacional para dar vigencia a este derecho. La educación estará encaminada a desarrollar su personalidad, aptitudes y capacidades hasta el máximo de sus posibilidades. La educación preparará a los niños y niñas para asumir una vida responsable en la que predomine el respeto a sus padres, a su identidad cultural, a su idioma y a sus valores.

### **3.3.15 Minorías**

Las niñas y niños de las comunidades minoritarias y poblaciones indígenas tienen derecho a crecer dentro de su propio entorno cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma.

### **3.3.16 Recuperación psicoafectiva**

El Estado tiene la obligación de garantizar tratamiento psicoafectivo a los niños que hayan sido víctimas de un conflicto armado, tortura, abandono, maltrato y explotación para que puedan lograr su recuperación y reintegración social.

### **3.3.17 Justicia**

Los niños que infrinjan las leyes, tienen derecho a que se les valore y respete su dignidad. Los niños y las niñas tienen derecho a garantías básicas y a recibir asistencia jurídica para su defensa. *Siempre que sea posible se evitarán los procedimientos judiciales y la reclusión en centros penales.* El Estado tiene obligación de prevenir y remediar los traslados ilícitos de niños al extranjero y su retención por parte de sus padres o terceros.

### **3.3.18 Opinión**

Los niños y las niñas tienen derecho a expresar su opinión libremente y a que esa opinión sea tomada en cuenta en todos los asuntos que le afecten.

### **3.3.19 Libertad**

El Estado debe respetar el derecho de los niños a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de acuerdo con una orientación adecuada por parte de sus padres. Los niños tienen derecho a asociarse libremente y a vincularse a grupos en donde puedan desarrollar sus capacidades e intereses. Protección de la intimidad: Los niños tienen derecho a que su espacio vital sea respetado contra cualquier intromisión en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia. Los niños tienen derecho a la protección de su honra y reputación.

### **3.3.20 Acceso a la información:**

El Estado debe garantizar que los niños tengan acceso a la información y buscará que los medios de comunicación difundan información de interés social y cultural para los niños. Además tomará medidas para protegerles contra todo material perjudicial para su bienestar.

### **3.3.21 Responsabilidad de los padres**

*Los padres tienen obligaciones comunes* en lo que respecta a la crianza y el desarrollo de los niños y las niñas. El Estado les prestará la asistencia apropiada para el correcto desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza de sus hijos.

### **3.3.22 Protección**

El Estado debe proteger a los niños contra el maltrato o explotación y creará programas sociales adecuados para la prevención del abuso y el tratamiento de los niños víctimas. El Estado está obligado a brindar protección especial a los niños privados de su medio familiar y debe garantizar que en esos casos se disponga de lugares diseñados para su cuidado.

### **3.3.23 Adopción**

En los países en que se reconozca o permita la adopción, esta se realizará teniendo como consideración primordial el interés superior del niño y se velará porque las adopciones sean legalmente autorizadas garantizando el bienestar del niño con su nueva familia.

### **3.3.24 Los niños refugiados**

Los niños refugiados o que traten de obtener el estatuto de refugiado serán objeto de protección especial. *Es obligación del Estado* cooperar con las organizaciones competentes que brindan tal protección y asistencia.

En la garantía de estos derechos mencionados en forma taxativa al interior de la Convención se plasman claramente las responsabilidades y obligaciones que le corresponden al estado y a la familia respectivamente, notando además que hay momentos en que se debe trabajar en forma articulada, esto es, la familia, la sociedad y el estado en forma solidaria para así dar efectividad plena a estos derechos ya enunciados. Notando que se otorgan mayores responsabilidades al Estado.

En forma clara la Ley de Infancia y Adolescencia plasma cada uno de los principios aquí consagrados, además de consagrar la teoría que soporta esta Convención “Teoría de la Protección Integral” de la que se desprende todo su contenido, pues precisamente uno de los principales objetivos de la expedición de esta nueva ley fue la de acomodarse a los instrumentos internacionales que tratan la materia, en especial la Convención de los derechos del niño que se estudia.

### **3.4 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

La Declaración de los Derechos del Niño, se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

El Preámbulo de esta declaración considera que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, y tiene encuentra los principios que integran la declaración Universal de los derechos humanos, la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

Y se proclama la declaración haciendo un llamado a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y luchan por su observancia con las medidas necesarias para su garantía.

Esta compuesta por 10 principios; entre ellos el **primero** reconoce todos los derechos contenidos en la declaración a la totalidad de los niños sin ningún tipo de discriminación.

El **principio 2** señala la protección especial que se le debe brindar al niño además de crearse los mecanismos para un desarrollo integral del niño, además se deben brindar condiciones de libertad y dignidad e incorporando el principio del interés superior del niño; por su parte el **tercero** se refiere al derecho desde su nacimiento a tener nacionalidad.

Es bien sabido, de otra parte, que en el derecho internacional contemporáneo el interés superior del niño constituye el criterio fundamental para valorar la conformidad existente entre la legislación y las prácticas sobre menores con las obligaciones adquiridas por los países a través de diversos instrumentos.

La referida protección especial también figura en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 10), así como en los estatutos y en los instrumentos de los organismos internacionales especializados que se ocupan del bienestar del niño.

El **Cuarto** establece el derecho a la seguridad social, a su salud, sus cuidados especiales, la alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

El **quinto** principio consagra el especial cuidado que se debe brindar a los niños con alguna limitación física o mental (tratamiento, educación, cuidado).

El **artículo sexto**, siendo el más relevante de la declaración para efectos de la investigación, estipula la necesidad de amor y comprensión que requiere el menor para su desarrollo, siendo esta necesidad suplida directamente por la familia en el sentido de que el niño debe crecer bajo el amparo y responsabilidad principalmente de sus padres quienes deben garantizar un ambiente con afecto, seguridad moral y material. Así mismo habla de la sociedad y las autoridades públicas como actores también obligados a cuidar en forma especial a los niños, esto en caso de que los niños carezcan de familia o que la familia no les pueda brindar los medios esenciales para su subsistencia Y como último actor corresponsable se habla del Estado, pues señala que, “para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole” (Artículo 6).

De esta forma, el artículo sexto consagra como coautores directamente responsables, o solidariamente responsables a la familia en primera instancia, luego la sociedad y en última instancia el estado como corresponsables de la garantía de los derechos de los niños, es decir, aquí existiría una responsabilidad subsidiaria o residual pues lo que no suple la familia debe hacerlo la sociedad, y en lo que esta no es capaz entra el Estado a actuar.

El **principio séptimo**, consagra la educación elemental gratuita y obligatoria aclarando que esta responsabilidad compete en primer termino a los padres, además nombra su derecho a la recreación que debe ser orientada por la sociedad y las autoridades públicas que deben permitir el goce de estos derechos.

El **principio octavo** dice que el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

El **principio noveno** preceptúa que el niño la protección del niño contra toda forma de abandono, crueldad y explotación.

El principio décimo establece la protección del menor contra todo tipo de discriminación y dicta que debe ser educado en un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos, paz y fraternidad universal, y con plena conciencia de que debe consagrar sus energías y aptitudes al servicio de sus semejantes.

### **3.5 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, compuesta por 82 artículos entre los cuales se encuentran los derechos civiles y políticos: Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3), derecho a la vida (artículo 4), derecho a la integridad personal (Artículo 5), prohibición de la esclavitud y servidumbre (Artículo 6), derecho a la libertad personal (Artículo 7 ), garantías judiciales (artículo 8), principio de legalidad y retroactividad (Artículo 9), derecho a indemnización ( artículo 10), protección de la honra y de la dignidad (artículo 11 ), libertad de conciencia y de religión (artículo 12), libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13), derecho de rectificación o respuesta (artículo 14), derecho de reunión( artículo 15), libertad de asociación (artículo 16), protección a la familia (artículo 17), Derecho al nombre (18), derechos del niño (artículo 19), derecho a la nacionalidad (artículo 20), derecho a la propiedad privada (artículo 21), derecho de circulación y residencia (artículo 22), derechos políticos (artículo 23), igualdad ante la ley (artículo 24), protección judicial (artículo 25; Derechos económicos, sociales y culturales (capítulo III), todos los derechos mencionados deben ser garantizados por cada uno de los estados que deben buscar los mecanismos e implementar las normas necesarias para dar cumplimiento a esta convención.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (la "Convención" o la "Convención Americana") en lo que respecta a los menores establece en su artículo 19 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". Es decir aquí se plasma en forma explícita para la protección del menor la corresponsabilidad de estos tres actores que deben articularse y de esta forma dar cumplimiento a cada uno de los derechos y libertades allí plasmado, y con mayor razón al ser los menores también destinatarios de este tratado además en forma especial.

Con posterioridad a la Convención Americana, el tema de los derechos del niño ha ido cobrando cada vez mayor vigencia y desarrollo, al haber surgido instrumentos internacionales más específicos sobre la materia, aplicables también en Colombia. (*La necesidad de poner especial atención a la situación de los niños fue reconocida originalmente en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, de 1924, y luego en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959. Tanto los instrumentos generales sobre Derechos Humanos como ciertos instrumentos provenientes de agencias especializadas, por ejemplo la Organización Internacional del Trabajo ("OIT") contienen disposiciones sobre derechos del niño. El instrumento más importante de la OIT relacionado con este tema es el Convenio 138 sobre la edad mínima, del año 1973. Dicho instrumento establece que los Estados Partes se comprometen a "seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores".*).

### **3.6 CONVENIOS DE GINEBRA**

Es importante resaltar que los Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos adicionales de 1977 le otorgan protección y trato especial a los niños:

- a. Se pide a los gobiernos y al Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja que difundan ampliamente las disposiciones del derecho internacional humanitario que protegen a los niños en los conflictos armados, así como las publicaciones relativas a esta cuestión;
- b. Se recuerda que, de conformidad con el Artículo 77 del Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, «las Partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas; al reclutar a personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las Partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad»;
- c. Se recuerda también que, de conformidad con los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales, los niños menores de quince años que han participado directamente en las hostilidades y caen en poder de una Parte adversaria, siguen beneficiándose de la protección especial, sean o no prisioneros de guerra;
- d. Expresa su profunda preocupación de que se adiestre a niños menores de quince años con finalidad militar y recomienda que, en todas las circunstancias, se enseñe a los niños a respetar los principios humanitarios;

e. Recomienda que, de conformidad con los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales, se tomen todas las medidas necesarias para preservar la unión de la familia y facilitar la reunión de los familiares;

f. Invita a los gobiernos y al Movimiento a que hagan todo lo posible para que los niños que hayan participado, directa e indirectamente, en las hostilidades sean sometidos a una rehabilitación sistemática que les permita reintegrarse a una vida normal;

g. Expresa su apoyo a la labor de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con respecto a la redacción de una Convención sobre los derechos del niño y pone de relieve que la protección que se estipule en la nueva Convención esté por lo menos al mismo nivel y, si es posible, a un nivel superior a la estipulada en los Convenios de Ginebra y los dos Protocolos adicionales.

### **3.6.1 Constitución Política:**

A la luz de los antecedentes de las normas constitucionales y de su propio texto, es claro que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia "sobre los derechos de los demás". *"El compromiso que la Constitución establece con el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, no se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de sus pretensiones básicas de protección, sino que su persona como tal ha sido elevada a la categoría de sujeto fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el estado"* (Sentencia C 041-94 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz). Esta sentencia determina el tipo de tratamiento que la familia, el estado y la sociedad debe garantizar al menor sobre sus derechos fundamentales, convirtiéndose en un importante antecedente jurisprudencial del concepto de corresponsabilidad.

La Constitución Política (artículo 44) luego de consagrar los derechos fundamentales del niño, efectúa un reenvío a la ley y a los tratados internacionales con el objeto de completar su disciplina protectora y preceptiva, de modo que a los derechos que provengan de estas fuentes se extienda la garantía constitucional, como quiera que "los derechos de los niños - con independencia de su fuente - prevalecen sobre los derechos de los demás".

Tal como lo afirma la Corte Constitucional (Sentencia C 041-94 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz) en el otorgamiento de este estatus

especial del menor seguramente se han tomado en consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental - debilidad - y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad. De ahí que, se reitera, la tutela de la Constitución no se circunscriba a manifestaciones o pretensiones específicas, como ocurre en general con los restantes derechos fundamentales de las personas, sino que abarque al niño en su plenitud, vale decir, en la integridad de su dimensión existencial.

Así, la consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad, en palabras de la misma corte constitucional, 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 (**art. 13** Constitución Política). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (**art. 350** Constitución Política). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (**art. 44** Constitución Política). 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 (**art. 44** Constitución Política).

La Constitución de 1991 al opta por los modernos postulados de la teoría de la "protección integral", ya que ha concedido rango constitucional a los derechos de los niños, dándoles el carácter de prevalentes y ha impuesto a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo, cuando en 1991 el Estado colombiano ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, adquirió la responsabilidad de garantizar la realización de los derechos en ella descritos.

Como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia C- 019-93, magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Barón *“La inclusión de los derechos fundamentales de los niños en la Carta Política es la culminación de una serie de desarrollos legislativos que apuntan todos a la misma finalidad de proteger a la infancia, garantizándole las condiciones mínimas para su integridad y felicidad. El Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas por las leyes 30 de 1987 y 56 de 1988, expidió los decretos 2272 de 1989 y 2737 de 1989, por los cuales organizó la jurisdicción de familia y adoptó el Código del Menor, respectivamente. De otra parte, el Congreso de la República, mediante la ley 12 de 1991, aprobó la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. La decisión del Constituyente de elevar a rango constitucional los derechos fundamentales de los niños contribuye a ratificar y perfeccionar el marco normativo preexistente, con miras a asegurar la protección, asistencia y promoción de los*

*menores de edad, resguardando la esperanza de un mundo feliz, pacífico y armónico”.*

Nuestra actual Constitución Política consagra que la familia, la sociedad y el Estado son los agentes responsables de asegurar la vigencia de los derechos, de la calidad de vida y en últimas, de la felicidad de los niños, niñas y adolescentes colombianos y extranjeros residentes en el país. El principio de corresponsabilidad establece la participación activa de los tres estamentos sin interferencias ni exención de responsabilidades. Entonces la responsabilidad, aunque diferenciada, es compartida por la familia, por la sociedad y por el Estado.

Uno de los conceptos relevantes para retomar el estudio de la corresponsabilidad del estado la familia y la sociedad, tal vez el de mayor importancia, además consagrado constitucionalmente, es el **PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD** social que ha dejado de ser un imperativo ético para convertirse en norma constitucional vinculante para todas las personas que integran la comunidad (**artículo 1** Constitución Política).

La decisión de elevar a rango constitucional el principio de solidaridad social tuvo su origen en el repudio a la injusticia social y en la convicción de que su gradual eliminación compromete a la sociedad entera y al Estado.

En relación con este principio la Corte Constitucional trae a colación un punto de partida importante para descifrar los límites de la responsabilidad existentes en la corresponsabilidad del Estado y la familia; Así determina que el individuo, en el caso en estudio, el menor, debe buscar ayuda primero y principalmente de la familia para luego y en caso de no poder ser suplidas sus necesidades acudir al Estado como garante de su protección, de esta forma el Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ como Magistrado Ponente de la sentencia T-3038-1992 determina que *“La sociedad colombiana, fiel a sus ancestrales tradiciones religiosas, sitúa inicialmente en la familia las relaciones de solidaridad. Esta realidad sociológica, en cierto modo reflejada en la expresión popular “la solidaridad comienza por casa”, tiene respaldo normativo en el valor dado a la familia como núcleo fundamental (CP. art. 42) e institución básica de la sociedad (CP. art. 5). En este orden de ideas, se justifica exigir a la persona que acuda a sus familiares más cercanos en búsqueda de asistencia o protección antes de hacerlo ante el Estado, salvo que exista un derecho legalmente reconocido a la persona y a cargo de éste, o peligren otros derechos constitucionales fundamentales que ameriten una intervención inmediata de las autoridades (CP art. 13)”*. (el subrayado es mío) Así, este principio constitucional vendría a limitar la responsabilidad del Estado a las situaciones en que la familia no puede brindar garantías al menor, o pudiendo hacerlo existe un derecho insatisfecho reconocido al menor o existe la amenaza de un derecho de carácter fundamental del mismo que requiere inmediata intervención. Debe tenerse en cuenta que la fecha de esta jurisprudencia es anterior a la expedición de la ley de Infancia y adolescencia que

podría variar este concepto pues determina que la responsabilidad es concurrente y articulada, pero puede servir para determinar el límite de la corresponsabilidad de cada uno de los autores.

Paralelamente, todo ciudadano colombiano está en el deber constitucional de obrar conforme al principio de solidaridad social y de prestar su colaboración con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (CP. **art. 95-2**). La sociedad se gobierna y, en lo posible, debe actuar siguiendo pautas económicas y sociales redistributivas con el objeto de aminorar las desigualdades materiales y la injusticia social, todo lo cual constituye de otra parte el fundamento del derecho impositivo y las reglas que regulan la elaboración y ejecución presupuestales (CP. **art. 350, 355, 359, 366**). Así la solidaridad de la sociedad que se compone por la totalidad de los individuos, debe también aplicar el principio de solidaridad, más aún con los menores objeto de protección por su vulnerabilidad y prevalencia ante los demás; De esta forma se limita también la responsabilidad de la sociedad a prestar colaboración en situaciones de peligro o amenaza y, aplicar las normas presupuestales para evitar las desigualdades sociales y económicas, un claro ejemplo sería el principio de proporcionalidad en la distribución de los recursos tributando más quienes tienen mayores capacidades y menos quienes no tienen los recursos para hacerlo, esto puede ser un claro ejemplo de la solidaridad de la sociedad, con mayor razón al tratarse de colaborar con los sectores más débiles y vulnerables como pueden ser los niños al interior de la sociedad y de su célula vital.

Al respecto, para la Corte Constitucional en su sentencia T-3038-1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz *“La solidaridad y el apoyo a la persona que se encuentra en situación de indigencia y sufre quebrantos de salud corresponde prioritariamente a la familia. Los miembros de ésta, determinados por la ley, tienen la obligación jurídica y moral de auxiliar a sus descendientes o ascendientes próximos”*. Aunque se habla aquí de la situación de indigencia, es un antecedente importante que por analogía nos permite extraer los límites de la corresponsabilidad que existe en el Estado, la sociedad y la familia con respecto a los menores, así al ser los menores una porción de la población también vulnerable y frágil al igual que los indigentes desde otras perspectivas (pues los indigentes son débiles por su situación económica y los menores por su inmadurez mental y psicológica), unos y otros necesitan la asistencia y protección de la familia, la sociedad y el Estado, aún más quienes se encuentran simultáneamente en las dos; es decir, un menor indigente. Sin embargo, y en el tema que interesa es vital ver cómo se determina qué es la familia y dentro de ésta los parientes más cercanos a quienes les corresponde en primera medida ejercer este principio de solidaridad, además de configurarse ya no sólo como una responsabilidad de naturaleza moral sino también jurídica, que por tanto trae sus efectos también jurídicos.

No obstante, si la familia se encuentra en imposibilidad material de apoyar a uno de sus miembros, no pueden quedar éstos irremediabilmente abandonados a su suerte. El Estado, en desarrollo de sus fines esenciales, está en el deber constitucional de proteger efectivamente los derechos de la persona, correspondiendo a la autoridad pública encontrar las alternativas jurídicas para garantizar su ejercicio y, al mismo tiempo, exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales de los particulares (CP **art. 2**). Entonces como corresponsables de los menores se encuentra primero la familia, luego el Estado y simultáneamente la sociedad, pues el Estado esta llamado a exigir el cumplimiento de sus obligaciones como sociedad. Queda claro entonces que aunque estado y sociedad son dos conceptos totalmente distintos deben actuar de forma articulada, vigilando y exigiendo el uno los deberes del otro para con los menores, esto es el estado a la sociedad.

En este mismo **artículo 1** se establece que Colombia es un Estado social y democrático de derecho y , en palabras del Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz Magistrado Ponente de la sentencia T-3038-1992 “...se determina que Colombia es un estado Social y democrático de derecho constitucionalmente se encuentra plasmado en la carta el Estado Social, en sentido estricto, y que como tal no actúa obedeciendo los dictados de la beneficencia y de la caridad sino como respuesta a los más elementales derechos de los ciudadanos. Un Estado como agente de justicia social”.

De esta forma en el Estado social de derecho, instituido por el constituyente colombiano, define la naturaleza del régimen político, económico y social, identificándolo con los valores y fines enunciados en el preámbulo de la Constitución. La superación del Estado de derecho como garantía de la libertad y de la igualdad formal tiene lugar en el Estado social de derecho mediante la acentuación de los elementos que guían la actividad estatal administrativa y política. La persona humana y su dignidad vienen a constituir el máximo valor de la normatividad constitucional, cuyo reconocimiento conlleva importantes consecuencias para el sistema de relaciones económicas y sociales.

Entonces en este tipo de estado se está obligado a dar respuestas oportunas y eficaces a situaciones individuales concretas, en las cuales se haga patente la amenaza a la dignidad humana de la persona y se atente contra alguno de sus derechos fundamentales. Nuevamente y con mayor razón debe dar respuesta a la situación individual y concreta de los menores.

Igualmente, y dicho por la Corte Constitucional (Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz Magistrado Ponente de la sentencia T-3038-1992) cuando una persona demuestra la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra, debido a su condición económica, física o mental (**art. 13** Constitución política), sin que ella misma o su familia puedan responder, excepcionalmente se genera para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en dicha

situación. Es evidente entonces que el menor al no tener la capacidad de responder por sí mismo debe acudir a la familia quien prioritariamente es responsable del niño, y excepcionalmente tal como lo describe la corte es el estado corresponsable del mismo. Aquí aparece un nuevo concepto en la corresponsabilidad y es que la obligación del estado nace por excepción en el momento en que ni el individuo ni su familia puedan responder. Es decir, se habla de su responsabilidad como excepcional por que no es la generalidad, no siempre que el menor demuestre debilidad manifiesta entra el estado inmediatamente a responder, solamente cuando se le ha exigido a la familia y esta no tiene la capacidad para suplir estas necesidades, es allí cuando el estado debe entrar a actuar.

Pero en cuanto a los derechos a la salud (CP art. 49), a la seguridad social integral (CP art. 48), y a la protección y asistencia a la tercera edad (CP art. 46), en principio programáticos, pueden verse actualizados y generar un derecho público de inmediata aplicación (CP arts. 13 y 85), si la persona interesada demuestra fehacientemente su condición de debilidad manifiesta y la imposibilidad material de su familia para darle asistencia, en particular cuando la completa ausencia de apoyo lo priva de su derecho al mínimo vital.

Entonces, en este evento, y en palabras de la Corte Constitucional Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz Magistrado Ponente de la sentencia T-3038-1992 “se opera una inversión en el orden de exigibilidad del principio de *solidaridad social, que obliga al Estado a una prestación directa e inmediata en favor de la persona que se halla en circunstancias de debilidad manifiesta, sin perjuicio del derecho en cabeza de la autoridad estatal, cuando sea del caso, al reintegro posterior de su costo por parte del beneficiario y de su familia*”. Encontramos aquí otro dato importante para efectos de este estudio y es que en principio es la familia la primera institución obligada a responder por el menor pero si existe una situación de debilidad manifiesta en la que permanentemente podríamos decir, se encuentran los menores, entonces este principio de solidaridad se invierte y es el ESTADO prioritariamente el que entraría a responder por la garantía de los derechos del menor para posteriormente si es posible reclamar de la familia el reintegro del costo que el estado ya cubrió.

Otro artículo que puede servir de base para entender la corresponsabilidad del Estado en todos los niveles que lo comprenden, y que se predica de frente a los menores es el **artículo 2** de nuestra Constitución política como otro fundamento constitucional “*Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*”

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.*

Es una de las bases constitucionales que puede permitir la exigibilidad de la responsabilidad del Estado por parte de la población Colombiana y aunque en este artículo se dispone la responsabilidad del Estado en general frente a todos los Colombianos, al aplicar los principios de prevalencia de los menores de edad, esta protección se concreta y torna exigible respecto de este sector de la población; además, los derechos y libertades de la niñez se encuentran contenidos en la Constitución por lo que debe el Estado garantizarlos tal como lo proscribió este artículo.

Al respecto y específicamente refiriéndose a la responsabilidad que el estado tiene con respecto a los niños la Corte Constitucional en su sentencia C 041-94, magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz expresa *“El Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño - con mayor razón al que se encuentra en peligro de perder su vida y ver menoscabada su integridad física - lo que puede hacer de oficio o a petición de cualquier persona. El deber de protección a cargo del Estado se cumple a través de los jueces y de las autoridades de familia. Estas últimas, en los términos de la ley, son "autoridad competente", para los efectos de rescatar a los menores que se encuentren en situación de grave peligro. Luego, las mismas, de oficio o a petición de cualquier persona, deben hacer realidad el deber de protección a cargo del Estado”.*(**El subrayado es mío**) Esta jurisprudencia muestra cómo el Estado tiene el deber de protección del menor valiéndose de cada uno de los organismos y entidades con las que actúa, en este caso los jueces y las autoridades de familia y menores.

Así mismo, el **artículo 44** establece en forma más precisa la responsabilidad del Estado frente a los menores, y especifica los derechos que deben ser garantizados a los mismos. *“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.* En este sentido la Corte Constitucional en sentencia C- 019-93, magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Barón consagra que *“se ha visto ya que la Constitución Colombiana concede un tratamiento jurídico manifiestamente privilegiado a los niños en su artículo 44, en concordancia con los tratados internacionales respectivos. Es un detallado catálogo de derechos fundamentales*

*y las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado frente a ellos”. (Lo subrayado es mío)*

Así mismo resalta la Corte en la misma sentencia la responsabilidad específica de la familia expresando lo siguiente, “el artículo 44 de la Constitución Nacional que establece por un lado el derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella y, por el otro, la obligación de la familia de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. (Lo subrayado es mío). Es preciso recordar que la familia como institución básica de la sociedad se encuentra reconocida por los **artículos 5 y 42** (la pareja tiene el deber de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores e impedidos) de la Constitución Política, en donde además se establece que el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. Entonces es el Estado el que encerraría todas las responsabilidades en general, las de la familia y la sociedad, y el que debe garantizar su cumplimiento.

En la protección de la familia es el Estado principalmente el responsable de tomar las medidas necesarias, en las cuales debe contribuir la sociedad buscando el mismo fin, la protección integral de esta célula e institución de la sociedad, así la sentencia C- C-059/05, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, expresa lo siguiente “*Si bien es cierto que por mandato constitucional cualquier forma de violencia en la familia debe ser objeto de sanción conforme a la ley, para lo cual será necesario adoptar medidas de carácter represivo, también lo es que el Estado y la sociedad deben velar por una protección integral de la familia con miras a alcanzar los postulados fundamentales del Estado, la consecución de la paz y la promoción de la prosperidad general (arts.2, 22 y 95-6 de la CP)*”. La parte que subrayo de muestra de manera muy clara que tanto el estado como la sociedad (se amplía la responsabilidad a la sociedad también) esto es en forma solidaria y simultánea deben velar por la protección de la familia, por tanto por la protección de sus miembros y al ser menores con mayor prioridad de los mismos.

En la misma sentencia se establece lo siguiente “*Puede afirmarse entonces que el propósito del constituyente de proteger y amparar a la familia debe traducirse en la adopción de políticas Estatales que incluyan la creación de herramientas no sólo de carácter punitivo o represivo sino de otras de carácter preventivo y correctivo, a fin de permitir a los miembros de la familia superar sus conflictos de forma pacífica*” aquí se ven específicamente el tipo de medidas y políticas que el estado debe tomar con cuyo único fin sea la protección de la institución familiar.

El segundo inciso del artículo 44 establece lo siguiente **[La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral]** *y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores*”.

Aquí se dispone lo que podría ser la base constitucional de la corresponsabilidad del ESTADO, la sociedad y la familia sobre los derechos de los niños y su obligación de protección integral frente a los mismos, además de plasmar el principio de prevalencia de los mismos.

Entonces el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño - con mayor razón al que se encuentra en peligro de perder su vida y ver menoscabada su integridad física - lo que puede hacer de oficio o a petición de cualquier persona (**art. 44** Constitución política). El deber de protección a cargo del Estado se cumple a través de los jueces y de las autoridades de familia. Estas últimas, en los términos de la ley, son "autoridad competente", para los efectos de rescatar a los menores que se encuentren en situación de grave peligro. Luego, las mismas, de oficio o a petición de cualquier persona, deben hacer realidad el deber de protección a cargo del Estado (art. 44 Constitución Política).

Aquí puede entrar a jugar un papel esencial el PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL que señala la corte constitucional en la Tutela T-533 de 1992 definiéndolo así *"Cuando una persona demuestra la circunstancia de debilidad manifiesta en que se encuentra, debido a su condición económica, física o mental, sin que ella misma o su familia puedan responder, excepcionalmente se genera para el Estado una obligación de proteger especialmente a la persona colocada en dicha situación. En tal evento, se opera una inversión en el orden de exigibilidad del principio de solidaridad social, que obliga al Estado a una prestación directa e inmediata en favor de la persona que se halla en circunstancias de debilidad manifiesta, sin perjuicio del derecho en cabeza de la autoridad estatal, cuando sea del caso, al reintegro posterior de su costo por parte del beneficiario y de su familia"*. Es esencial este principio dentro del desarrollo de la corresponsabilidad del Estado, bebido a que finalmente es obligado a brindar garantías a las personas que se encuentren en debilidad manifiesta, en este caso puede entenderse que los menores al interior de la sociedad y de la familia misma se encuentran en situación de debilidad por sus condiciones física y de madurez mental, por tanto se expresa aquí la obligación de protegerlo en caso de que la familia como núcleo no tenga las condiciones para hacerlo.

Por otro lado, en cuanto a las responsabilidades de la sociedad con los menores la sentencia C- 041-94 Magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz proferida por la Corte Constitucional se pronuncia diciendo: *"Cuando se dice que los "derechos del niño están primero que los derechos de los demás" y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltrato que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados. Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o sicológicos se podrán evitar*

*en el futuro gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones...*. Así se determina que una de las responsabilidades de la sociedad para con los menores, vendría a ser el hecho de denunciar o de evitar la vulneración de los derechos de los niños cuando se encuentra la situación de hacerlo, es decir cuando tiene conocimiento de los hechos que dan lugar a la violación.

Igualmente señala al respecto la misma sentencia "*...todas las personas ejerzan tutela sobre los derechos del niño y puedan exigir su cumplimiento, porque el ejercicio de estos derechos involucra a la sociedad entera, pues los niños dependen de la solidaridad de ésta para crecer, formarse y ser adultos...*". Entonces se extiende el principio de solidaridad a la sociedad en donde la obligación que tienen los ciudadanos para con los menores es de protección y tutela sobre sus derechos facilitándoles de esta forma su desarrollo integral.

De esta forma si la sociedad actúa en forma articulada "*Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o psicológicos se podrán evitar en el futuro, gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones*"<sup>31</sup>

Por otro lado, el tercer y último inciso de este artículo señala "*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*". Al respecto la Corte en sentencia C- 019-93, magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Barón se pronuncia diciendo lo siguiente "*La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos - consagradas ambas en la Constitución de 1991- encarnan valores y principios que deben presidir tanto la interpretación y aplicación de todas las normas de justicia aplicables a los menores, como la promoción de políticas y la realización de acciones concretas que aseguren su bienestar*."

*Por tanto, tratándose de los niños, el amor, la educación, la comprensión y la rehabilitación deberán prevalecer siempre sobre los principios e instrumentos preventivos, resocializadores y no siempre educativos propios del derecho penal*".

Al interior de este principio es importante resaltar que la responsabilidad del Estado con la población Colombiana debe exigirse con mayor importancia respecto de los menores de edad, y es él responsable de crear políticas y mecanismos en busca de su bienestar, aclarando que el trato que se da a los niños debe ser prevalente, es decir esta protección es de mayor prioridad e importancia con esta parte de la población, por lo que la responsabilidad del Estado se acentúa con los mismos.

---

<sup>31</sup> Gaceta Constitucional. Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y Minusválidos" No. 85, p. 6 y 7.

Así mismo, la sentencia C-041-94 expresa en cuanto a la prevalencia de los derechos de los niños, *“Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia”*. Así la Constitución Política que nos rige se encarga de brindarle protección al menor y de exigir la garantía de sus derechos por parte de la familia, la sociedad y el estado configurando para el menor un trato especial en que este último es primeramente quien debe brindar permanentemente.

Por otra parte, el **Artículo 45** contempla con respecto a los adolescentes: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud.”

Si en el pasado el Estado consideraba a la juventud exclusivamente como benefactora de programas de deporte y recreación (con la creación en 1968, de el Instituto Colombiano para la Juventud y el Deporte, COLDEPORTES), y estos a su vez, como su único tema de interés, hoy, más que nunca se debe reconocer, que generar una política pública de juventud, requiere de un proceso participativo amplio que recoja el sentir de los jóvenes, sus dinámicas organizacionales, los saberes vigentes y el deber ser de la sociedad.

Condición para que ello sea posible, es la implementación de pactos sociales que garanticen de manera plena, el ejercicio tanto de los derechos como de los deberes de los habitantes, en particular de los jóvenes, y su intervención en las decisiones que orientan la vida social, económica, ambiental, política, administrativa y cultural del país. Esta conjunción de voluntades en torno al proyecto de nación y a los proyectos de vida de sus ciudadanos, constituye hoy el reto para la formulación de políticas públicas de juventud.

En esta perspectiva, el Estado adquiere grandes responsabilidades como garante de una orientación coherente, articulada y efectiva de políticas, programas y acciones dirigidas a la juventud, de modo tal, que organismos estatales y de la sociedad civil, converjan con estrategias que hagan posible establecer condiciones efectivas para el desarrollo de las políticas dirigidas a los jóvenes colombianos.

Estas políticas públicas nacionales dirigidas a la juventud deben convertirse en esencia, en un instrumento orientador de la acción permanente del Estado y de la

sociedad civil. Pues es el estado responsable de su protección integral y la creación de mecanismos que hagan posible su participación en la sociedad.

La corte constitucional en sentencia- 019-93, magistrado ponente Dr. Ciro Angarita Barón señala que *“la Carta reconoce a los adolescentes unos derechos y garantías en consonancia con las exigencias propias de su edad y madurez, como preparación para el ejercicio de la mayoría de edad. En efecto, en el inciso segundo del artículo 45 se establece que el Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a su cargo la protección, educación y progreso de la juventud”*. Así se responsabiliza directamente al estado y la sociedad de garantizar la participación de los jóvenes, y aunque en esta jurisprudencia no se menciona a la familia, se debe entender que también la familia como principal núcleo de la juventud, en donde esta población crece debe permitir el uso de los mecanismos que el estado y la sociedad creen para la participación, esta sería entonces la responsabilidad que en principio le correspondería a la familia.

El **Artículo 48** de la Carta establece la seguridad social como un derecho irrenunciable de los habitantes del territorio nacional, y como un servicio público obligatorio, cuya organización debe hacerse conforme a los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia, de tal manera que el Estado, con la participación de los particulares, amplíe progresivamente la cobertura de la Seguridad Social.

La Constitución también señala en el **Artículo 49**, que se debe garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, como servicio público a cargo del Estado, el cual lo organiza, dirige, establece políticas, reglamenta, vigila y controla. En su prestación pueden concurrir agentes públicos y privados. Los servicios deben ser organizados en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La institución constitucional de la asistencia pública fue remplazada en la Constitución de 1991 por el derecho irrenunciable de todos los habitantes del país a la seguridad social. El fundamento de la transformación de los deberes sociales del Estado frente a los miembros de la comunidad radica en el carácter social del Estado, lo cual se traduce en la prestación continua y eficiente de los servicios públicos, la prioridad del gasto social y la intervención oportuna de las autoridades para impedir la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales constitucionales. De esta forma es responsabilidad en forma directa del estado de brindar la seguridad social a la población, con mayor razón a las personas vulnerables de la sociedad y la familia, es decir a los menores.

Por su parte, conforme al preámbulo de la Ley 100 de 1993, la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. El Artículo 162 de la Ley 100 de 1993 establece que “El Sistema General de Seguridad Social en Salud creará las condiciones de acceso a un plan obligatorio de salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001”.

De igual manera, la Carta faculta la autonomía de sus entidades territoriales y en su Artículo 356 determina que la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación, de los Departamentos, Distritos, y Municipios y crea el Sistema General de Participaciones para efecto de atender los servicios a cargo de éstos últimos y proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación. Adicionalmente, autoriza al Gobierno para reglamentar los criterios de distribución del Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos, y Municipios, de acuerdo con las competencias que las normas le asignen a cada una de estas entidades. Aquí también se evidencia que esta responsabilidad esta a cargo del estado en todos sus estamentos.

Con la organización de esta normatividad se encuentra en Colombia un Sistema de Seguridad Social dirigido, controlado, vigilado y garantizado por el Estado, cuyos destinatarios son todos los ciudadanos y aplicando nuevamente el principio de prevalencia los niños deben tener este servicio en forma especial y prioritaria. Entonces al estado no sólo le corresponde la obligación de prestar el servicio sino de ejercer vigilancia y control sobre su efectivo cumplimiento.

Tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia T-3038-1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. *“La individualización de la asistencia y protección según las características de los diferentes grupos de la población y la ampliación del concepto y cubrimiento de la seguridad social a todos los habitantes, son las notas distintivas del nuevo marco constitucional de la seguridad social. Mientras el legislador amplía progresivamente la cobertura de la seguridad social, “la familia, la sociedad y el Estado” deben contribuir solidariamente a dar respuesta oportuna y efectiva a las personas que ven amenazados o vulnerados sus derechos fundamentales como consecuencia exclusiva de su condición económica (CP arts. 1, 13)”*. Aunque se refiere la jurisprudencia a la población pobre (indigencia), es un antecedente importante y muestra de la responsabilidad solidaria del Estado, la familia y la sociedad o de su consecuente corresponsabilidad aquí específicamente en su obligación de garantizar una seguridad social a las personas, en especial a quienes no tienen las condiciones de acceder a ellas, es decir, a personas que se encuentran en

debilidad o desprotección, que en este caso se extendería esta protección y con mayor razón a los menores de edad por sus condiciones y la prevalencia de sus derechos. Así se delimitan aquí las responsabilidades al legislador para reglamentar la materia ampliando la cobertura en seguridad social ya a la familia estado y sociedad solidariamente a lograr que se haga efectiva y oportuna la prestación de estos servicios.

Adicionalmente, el **artículo 50** de la Carta establece que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, lo que quiere decir que esta protección que debe brindar el estado se extiende desde su nacimiento con prelación en los menores.

En materia laboral, la Constitución ordena que el estatuto del trabajo tenga en cuenta como principio mínimo fundamental la protección especial al trabajador menor de edad (**artículo 53** Constitución Política). Finalmente, según el **artículo 67** de la Constitución Política la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica.

Constitucionalmente es el estado responsable entonces de brindar protección a lo menores, y es por eso que según el senador Héctor Helí Rojas como ponente del proyecto “en la ley creamos el Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia en el que no solamente vinculamos al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, al los Ministerios sino también a las Alcaldías y a las Gobernaciones para que hagan gasto público social a través de políticas diferenciales para proteger la infancia en sus respectivas entidades territoriales”. Así en los presupuestos plurianuales y en el Plan de Inversiones Públicas de los distintos Planes Nacionales de Desarrollo en adelante debe establecerse una partida que corresponda exclusivamente a los menores para que de esta forma el Estado y sus distintos entes territoriales puedan hacer efectivo el cumplimiento de la políticas públicas y de la legislación vigente en esta materia.

El menor entonces podrá acudir al estado a reclamar la protección de sus derechos, principalmente mediante acciones de tutela en caso de vulneración de sus derechos o amenaza de los mismos o mediante acciones de cumplimiento para hacer efectivo lo establecido por la Ley de Infancia y Adolescencia; Igualmente puede acudir mediante acciones penales en caso de ser víctima de algún delito en donde no existirán muchos beneficios para quienes atenten contra los derechos tutelados a los menores; Se encuentran también las acciones administrativas en caso de existir responsabilidad del estado por su acción u omisión y con mayor relevancia en el caso de los menores cuyos derechos son prevalentes.

Ya las acciones civiles no se predicán del estado mismo sino de sus familiares y de quienes están a cargo de su cuidado.

Entonces el menor puede acudir al estado mediante acciones legales o simplemente el estado mismo con su acción de vigilancia y protección sobre toda a población, la sociedad, la familia y en su interior los menores deben acudir a garantizar sus derechos cuando los encuentre vulnerados o amenazados. Así por regla general es el Estado por intermedio de sus organismos el que debe estar atento a proteger al menor y debe asumir esta prestación, así cuando los mecanismos y los demás actores de la corresponsabilidad fallen esta en la obligación legal y constitucional de brindar todas las garantías a los menores. Pero, el Estado no es omnipotente, por tanto se deben crear medidas expeditas para que los menores puedan exigir el cumplimiento de sus derechos; por el momento y mientras no exista una nueva reglamentación, tienen a su mano la acción de tutela, a acción de cumplimiento, las acciones administrativas pero no existe un mecanismo más especializado para esta parte de la población que tanto prevalece sobre las demás, así mismo prevalente deben ser sus mecanismos de acción.

### **3.7 LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES**

Principalmente es necesario aclarar que para la aplicación de cualquier tipo de norma, precepto o principio debe tenerse en cuenta en primera medida lo estipulado en nuestra Constitución Política, en este sentido la corte Constitucional en Sentencia T-531. Sala Segunda de Revisión. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz establece que *“Las normas sustantivas y procedimentales en materia de familia y del derecho de los menores, deben interpretarse en consonancia con los derechos fundamentales del niño consagrados en la Constitución (C.N arts. 42 y 44). Esto significa que los padres en el cumplimiento de sus deberes para con los hijos y las autoridades públicas facultadas para intervenir en interés del menor (Instituto de Bienestar Familiar, Defensores de Familia, Jueces de Familia, etc.) , deben respetar y efectivamente aplicar el contenido y alcance de los derechos consagrados de forma prevalente en la Constitución, cuyo desconocimiento o amenaza permite a cualquier persona exigir de la autoridad competente el cumplimiento de las obligaciones respectivas”*. Varios puntos toca esta jurisprudencia, primero que cualquier norma sobre menores debe ser interpretada según la Constitución, segundo que en la protección del menor deben concurrir los padres (familia) y el Estado y se determina que este debe actuar por medio de sus organismos cuales son las autoridades públicas, y en esta jurisprudencia se establece que las autoridades públicas encargadas de la protección del menor son: Instituto de Bienestar Familiar, Defensores de Familia, Jueces de Familia, etc, además la

prevalencia de sus derechos por la que también debe velar la sociedad exigiendo el cumplimiento de sus obligaciones a la autoridades.

Así, específicamente la norma que corresponde estudiar, esto es, la Ley de Infancia y Adolescencia, contiene innovaciones en cuanto a la consagración de los derechos que se reconocen para todas las personas en general y para los niños y niñas en particular en los tratados internacionales y en la Constitución. Se trata de la definición del derecho a la vida a la calidad de vida y, a un ambiente sano, en tanto el derecho a la vida no sólo es el de estar vivo, sino el que vivir en condiciones dignas; el derecho a la integridad personal al que se le da el alcance específico como maltrato infantil, violencia intrafamiliar y violencia sexual, si tenemos en cuenta que estas conductas lesivas atentan contra la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes lo que demanda medidas especiales en prevención y en restablecimiento; el derecho a la filiación natural que se concentra en el derecho a conocer quienes son sus padres y procedencia, debido a que en el país hay más de 30 mil niños, niñas y adolescentes por quienes no responde un padre por pruebas de paternidad según datos de la UNICEF.

También el derecho a la educación inicial que se reconoce desde el momento del nacimiento, distinto al derecho a la educación que la Constitución Política lo reconoce desde preescolar o grado cero; y, los derechos de protección que se definen como el derechos de los niños, niñas y adolescentes a ser protegidos contra toda forma de violencia o enfermedad epidémica y que se desprenden de los tratados y protocolos que el Estado colombiano ha ratificado en los últimos años, entre otros el derecho a ser protegidos contra el VIH-SIDA contra los conflictos armados, contra la explotación y la violencia sexual, la explotación económica y la mendicidad, la trata de personas, el consumo de sustancias psicoactivas, los desplazamientos, el secuestro, la venta, la vida y permanencia en las calles, los traslados ilícitos, los desastres naturales y la utilización y el reclutamiento por parte de grupos armados al margen de la ley.

Dentro del de la Ley de Infancia y Adolescencia, específicamente en su capítulo II se encuentran las normas constitucionales sobre derechos de los niños, las niñas y los adolescentes que encierran los conceptos de vida, calidad de vida y ambiente sano, se vinculan con el principio de dignidad de los niños, las niñas y los adolescentes como lo decía anteriormente, conduciendo a la noción del mínimo existencial de este grupo de personas y a la nueva visión y concepción de que no sólo sus derechos fundamentales sino también los sociales, económicos y culturales y ,de ambiente, se pueden exigir de manera inmediata.

Dentro de los derechos y libertades plasmados en el articulado de la ley, se encuentran específicamente los siguientes:

### **3.7.1 Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano**

Se encuentra en el **Artículo 17** de la ley, en donde se consagra el carácter prevalente de los derechos de los menores, y la importancia de velar por la garantía de su derecho a la dignidad, incluyendo la garantía a una alimentación adecuada, vestuario salud, educación, vivienda, recreación entre otros siempre en busca de su desarrollo integral.

Para esto, el párrafo especifica que es el Estado el encargado de implementar y desarrollar las políticas públicas necesarias para lograr un fortalecimiento de la primera infancia.

### **3.7.2 Derecho a la integridad personal**

Consagrado este derecho en el **Artículo 18** de la ley, en donde busca la protección de menor tanto física, sexual y hasta psicológicamente, es decir, una protección integral. Se protege al menor en situaciones de maltrato infantil más aún cuando proviene de uno de los miembros de su familia o de quien tiene al menor bajo su cuidado.

### **3.7.3 Derecho a la rehabilitación y a la resocialización**

Plasmado en el **artículo 19** de la ley, aquí se responsabiliza nuevamente al Estado de tomar medidas, planes y programas requeridos para el desarrollo de políticas públicas que permitan la resocialización y rehabilitación de los niños, niñas y adolescentes que cometan infracción a la ley.

### **3.7.4 Derechos de protección**

Enumera en el **artículo 20** de la ley, en forma taxativa las situaciones en que debe garantizarse y protegerse los derechos de los menores contra algunas situaciones que no deben vivir por su edad y consecuentemente, su vulnerabilidad. Situaciones como el abandono, la explotación económica, el consumo de tabaco, alcohol, sustancias psicoactivas etc; violación, secuestro, tortura, desplazamiento forzado entre otras situaciones prohibidas, debido al contexto actual en que se vive y se pueden llegar a producir. Por ello se justifica la toma de medidas necesarias para evitar este tipo de agravios y como lo establece la sentencia C 041-94 magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz "*el interés superior del menor, hace necesario que la autoridad encargada de protegerlo tenga los mecanismos idóneos para ello, esto, justifica el hecho de que ante la desobediencia de sus decisiones, o como sanción al maltrato de los menores, puedan imponer sanciones fuertes, y capaces de disuadir, a los infractores de las normas tutelares de los niños*". Entonces se encuentra para el Estado dentro de sus obligaciones cumplir con los mecanismos instituidos para la protección de los

menores y de reprochar las conductas de quienes tratan de violar sus derechos por medio de sus entidades y organismos.

### **3.7.5 Derecho a la libertad y seguridad personal**

**Artículo 21**, protege a los menores en el ejercicio de su libertad y sólo permite su privación en los casos especialmente señalados por el código, implícitamente se está introduciendo en este artículo el principio constitucional de legalidad consagrado en el Artículo 28 de la Constitución Política.

### **3.7.6 derecho a tener una familia y a no ser separado de ella**

**Artículo 22.** Busca la protección en cuanto a que puedan crecer, ser acogidos y no sean expulsados de una familia, con la única excepción de separarlos de ella cuando esta no le brinde las garantías y protección que necesita según causas especiales también previstas en el código. Se aclara que la situación económica no es causa de la separación del menor de su familia. Se determina en este derecho que la familia tiene obligación de protección con el menor, a tal punto que es una causa para su separación de la misma cuando ésta no cumple con sus obligaciones.

### **3.7.7 Cuidado custodia personal**

En el **artículo 23** se estipula que los padres deben asumir la custodia del menor, extendiéndose a quienes convivan con ellos, y al contexto tanto familiar, como social e institucional, esta protección debe brindarse en forma permanente, solidaria, oportuna e integral. Se circunscribe la custodia y cuidado personal directamente en la familia y la sociedad en una forma integral.

### **3.7.8 Derecho a los alimentos**

El **artículo 24** dispone la obligación del alimentante según su capacidad, al ser necesaria para el desarrollo integral del menor, incluyendo la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto. Se refieren aquí a los alimentos y demás medios indispensables para se desarrollo integral (físico, psicológico, espiritual, moral y social).

En este sentido y debido al alcance que puede darse al artículo 42 de la Constitución, en cuanto a delimitar lo que es la institución familiar la Corte Constitucional en Sentencia No. C-174/96 Magistrada Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano -Aclaración de voto "*El deber de alimentos así como la porción conyugal son instituciones fundadas en el principio de solidaridad que impregna el conjunto de las relaciones familiares. En determinadas circunstancias,*

las razones de equidad que llevaron al legislador a establecer los deberes y derechos que aquí se estudian son predicables integralmente de las relaciones familiares que se establecen a partir de una unión marital. En tales circunstancias la única decisión ajustada a la Carta sería la de otorgar idéntica protección a quienes conforman una familia fundada en el matrimonio y a quienes la integran en virtud de una unión marital de hecho, pues de otra manera se estaría vulnerando el deber de protección de los miembros de la pareja sin distinción de su origen (C.P. arts. 13 y 42)". Lo importante es brindar las garantías al menor, por tanto aunque se entiende que la Constitución equipara a la familia con el matrimonio, al primar los derechos de los niños, debe entenderse que la familia sin importar su vínculo o su origen tiene la obligación de brindar alimentos a sus menores hijos, así esta responsabilidad recae primero y directamente sobre la familia. Aquí sí en caso de incapacidad de la familia entraría el estado a ser responsable.

### **3.7.9 Derecho a la identidad**

El **artículo 25** de la ley expone el derecho de los menores a la identificación y los elementos que de ella se derivan y deben garantizarse como son: nombre, la nacionalidad y la filiación, además del derecho a conservar su lengua de origen, cultura e idiosincrasia.

### **3.7.10 Derecho al debido proceso**

El **artículo 26** de la ley siendo otro derecho de rango constitucional que se les debe respetar cuando los **niños o adolescentes** se encuentren incurso en un proceso administrativo, judicial o de cualquier otra naturaleza, agregando que deben ser escuchados y se deben tener en cuenta sus opiniones. Este Derecho de rango constitucional se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Al respecto es necesario tener en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C 019-93 Magistrado ponente Ciro Angarita Barón que consagra sobre el derecho al debido proceso los siguiente

*El derecho a un debido proceso público hace parte del núcleo esencial del debido proceso. Pero en caso de conflicto con los derechos de los niños, (como el derecho a un desarrollo armónico e integral), han de prevalecer estos últimos. La publicidad alrededor de un proceso de menores infractores, puede perjudicar de manera grave la vida, honra y buen nombre de los mismos, lo cual iría en contradicción con sus derechos constitucionales fundamentales prevalentes.*

En este punto también la doctrina destaca, que el nuevo derecho internacional sobre los derechos del niño tiende a confirmar al menor como titular de la

mayoría de las garantías procesales reconocidas por instrumentos tales como el Pacto Internacional o la Convención Interamericana, en tanto derechos de toda persona acusada penalmente.

Lo anterior ha sido también plasmado en las "reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre la Administración de Justicia de Menores" conocidas también como "Reglas de Beijing", una de las cuales establece que: "En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior".

Por su parte estas garantías procesales del menor han sido recogidas en la ley 12 de 1991 en los siguientes términos: "**Artículo 37.** literal d). Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción".

#### **3.7.11 Derecho a la salud**

El **artículo 27** de la Ley toma este derecho en su sentido de salud "integral", es decir, busca bienestar físico, psicológico y mental y responsabiliza en forma directa al estado de brindar esta garantía.

Además ordena que cualquier entidad que preste el servicio de salud debe atender inexcusablemente a los menores prohibiendo su abstención a prestar este servicio en esta porción de la población, pues la omisión en su atención acarreará multas.

En cuanto a los menores que no se encuentren afiliados en ningún régimen de salud, el costo correspondiente esta a cargo del estado como garante de la protección de los menores.

#### **3.7.12 Derecho a la educación**

**Artículo 28** de la ley que se refiere a la "calidad de la educación", haciendo obligatorio para los menores este derecho en un año de preescolar y nueve de educación básica, se aclara que el responsable de esta garantía es el estado. Se hace referencia además a la educación gratuita en instituciones estatales por mandato constitucional y a la prohibición de cobrar otros servicios adicionales a los estratos uno, dos y tres del sisbén. Además se plantean las multas para quienes no reciban un menor en la institución estatal.

### **3.7.13 Derecho al desarrollo integral en la primera infancia:**

El **artículo 29** de la ley explica que la primera infancia comprende los menores de cero a seis años de edad estableciendo que desde esta primera infancia los menores son sujetos de derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el código. Se plasma la obligatoriedad del registro civil durante el primer mes de nacido, los derechos impostergables en esta etapa como la salud, nutrición esquema completo de vacunación, protección contra peligros físicos y educación inicial. Es un claro ejemplo de la concurrencia de responsabilidades pues en el registro civil, el Estado debe brindar los mecanismos necesarios para garantizarlo y la familia tiene la obligación de acceder a ellos para satisfacer los derechos.

### **3.7.14 Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes**

El **Artículo 30** de la ley consagra su derecho al descanso, esparcimiento, juego y demás actividades de su ciclo vital, también el deber de reconocer, respetar y fomentar el conocimiento y vivencia según la cultura a la que pertenezca el menor. Además señala que las autoridades deben diseñar las medidas para prohibir el ingreso de los menores a espectáculos dirigidos sólo a mayores de edad. También se dice que en espectáculos que ingresen menores de 14 años, las autoridades deben garantizar su seguridad adecuando espacios para ellos únicamente.

### **3.7.15 Derecho a la participación de niños, niñas y adolescentes**

El **Artículo 31** de la Ley que responsabiliza conjuntamente al Estado, la sociedad y la familia de garantizar la participación activa de los menores en temas que sean de su interés. Su participación debe darse al interior de la familia, las instituciones educativas, las asociaciones, los programas estatales, departamentales, distritales y municipales, es decir, en todos los niveles y estamentos.

### **3.7.16 Derecho de asociación y reunión**

El **Artículo 32** dispone que los menores pueden asociarse, opinar y tomar decisiones al interior del grupo que busque fines sociales, deportivos, culturales, religiosos y políticos limitados únicamente por ley, buenas costumbres, salubridad mental y física; los impúberes lo harán con la autorización de los padres que sólo puede ser revocada por una justa causa.

Este derecho se extiende a promover, constituir y formar parte de asociaciones, de sus órganos directivos.

### **3.7.17 Derecho a la intimidad**

En el **artículo 33** se estipula que deben ser protegidos de conductas que vayan en contra de su dignidad o vulneren su intimidad personal, familiar, su domicilio y correspondencia.

Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado en Sentencia C-285/97. Magistrada ponente Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano, aclarando en este punto hasta donde se extiende la protección del Estado, es decir, este derecho a la intimidad también debe ser garantizado por parte del estado, más aún a las personas débiles dentro del núcleo familiar como son los menores de edad, y establece la Corte lo siguiente: *“La intimidad familiar está protegida constitucionalmente. El artículo 15 de la Carta establece que “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar”*. No obstante, el respeto por la intimidad no comprende las conductas violatorias de los derechos de quienes integran el grupo familiar. Es deber del Estado intervenir en las relaciones familiares, no con el propósito de imponer un modelo determinado de comportamiento, sino para impedir cualquier violación de los derechos fundamentales de las persona. La protección que el Estado debe brindar a las personas no puede quedar reducida al ámbito de lo público, se extiende también al espacio privado, como lo ordena el artículo 42 de la Carta, según el cual *“Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Dicha protección tiene por objeto, además de garantizar los derechos de los miembros más débiles de la población (menores, ancianos, mujeres), erradicar la violencia de la familia; objetivo en el cual está comprometido el interés general, por ser la familia la institución básica y el núcleo fundamental de la sociedad, y un espacio básico para la consolidación de la paz”*. Se entiende que el mandato de protección a la familia, es la protección de sus miembros, especialmente a los más débiles y frágiles en donde se encuentran los menores de edad indefectiblemente.

### **3.7.18 Derecho a la información**

El **Artículo 34** de la ley, se dice aquí que los menores tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los medios de comunicación.

### **3.7.19 Prohibición de trabajo, edad mínima y derechos de los adolescentes autorizados para trabajar**

El **Artículo 35** de la ley, en este sentido se tienen en cuenta los mandatos y preceptos que contienen los distintos convenios internacionales sobre la materia y las recomendaciones de la O.I.T , en el sentido de que sólo están autorizados para trabajar los menores entre **quince y dieciocho** años con el respectivo permiso ,y

gozando de los derechos que brinda la legislación laboral Colombiana, las normas concordantes, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos consagrados en esta ley, es decir también se introduce en este artículo el bloque de constitucionalidad.

Los menores de quince años excepcional y temporalmente pueden desempeñar actividades remuneradas e tipo artístico, cultural, recreativo o deportivo, con los mismos derechos laborales sin superar las veinte horas semanales.

### **3.7.20 Derechos de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad**

En el **Artículo 36** también se incorpora el bloque de constitucionalidad *“Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad...”* y se establece también el derecho a gozar de una vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos e integrarse a la sociedad, así mismo e manera taxativa se enuncian otras garantías que el Estado debe brindar.

Además se dispone que los padres que asuman la atención integral de un hijo discapacitado, *“recibirán una prestación social especial del Estado”*. Extiende además esta garantía por parte del estado a los discapacitados con posterioridad al cumplimiento de los dieciocho años, es decir no sólo a los menores de edad.

### **3.7.21 Libertades fundamentales.**

Consagradas en el **artículo 37** de la ley, se garantizan todas las libertades contenidas en la Constitución Política, y en los tratados internacionales de derechos humanos (Bloque de constitucionalidad). Forman parte de esas libertades el libre desarrollo de la personalidad, la autonomía personal, al libertad de conciencia, libertad de creencias, libertad de cultos, de pensamiento, de locomoción, y la libertad para escoger una profesión u oficio.

Según esta exposición de los derechos que deben garantizarse a los menores y que se incorporan en la Ley de Infancia y Adolescencia, se puede evidenciar el especial, trascendental y relevante papel que va a jugar el Estado en este ámbito, pues es corresponsable de todos y cada uno de estos derechos, de su efectivo cumplimiento, de su restablecimiento en caso de vulneración de los mismos y de la permanente protección integral que este debe brindar a esta franja de la población, con un tratamiento preferencial, superior e importante.

### **3.8 EL MARCO JURÍDICO**

En términos generales, puede afirmarse que la problemática que afecta a la niñez colombiana no se debe a la ausencia de una legislación adecuada. Por el contrario, Colombia cuenta con un sólido y amplio marco jurídico, tanto internacional como nacional, que en su conjunto crean parámetros sólidos respecto de los derechos del niño. El problema es que dicho conjunto de normas en la práctica no se aplica a la situación real de la mayoría de los niños colombianos ya sea por la falta de implementación de políticas públicas o por la no articulación entre las corresponsabilidades de la familia, el estado y la sociedad, inconveniente que puede ser resuelto con la nueva entrada en vigencia de la Ley de Infancia y Adolescencia que intenta delimitar sus responsabilidades y de esta forma evitar que el menor carezca de una protección eficaz e integral.

#### **3.8.1 Legislación Nacional**

La legislación nacional colombiana sobre la niñez ha ido variando, principalmente debido a las diferentes concepciones que ha habido respecto a los principios que deben caracterizarla. La Ley 7 de 1979 consagró principios fundamentales para la protección de la niñez, estableció el Sistema Nacional de Bienestar Familiar y reorganizó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, esta es la entidad por excelencia encargada de brindar garantías a la familia los menores de edad, así el Estado actúa en esta materia principalmente a través de esta institución. Anteriormente, es decir, antes de la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia que se estudia la norma central que regía la materia era el Código del Menor, expedido en 1989, mediante el Decreto Ley 2737. Dicho código retomó diversas disposiciones anteriores y concentró la legislación en materia de salud, educación, trabajo, asistencia social y reeducación del niño. El referido Código del Menor, de 1989, se fundamenta en la teoría de la "situación irregular", cuyos principios se contrarían con la doctrina de la "protección integral", que orientan tanto la Convención sobre Derechos del Niño como la Constitución Política Colombiana de 1991.

En 1991 se expidió la nueva Constitución Política de Colombia, *"la cual consagra como prevalentes los derechos de los niños y señala al Estado, la sociedad y la familia como responsables directos de éstos, establece la protección integral y recoge plenamente la filosofía y el marco doctrinario de la Convención Internacional de los Derechos del niño"*. (Exposición de Motivos, pág. 8). Así la Constitución de 1991 opta por los modernos postulados de la teoría de la "protección integral", ya que ha concedido rango constitucional a los derechos de los niños, dándoles el carácter de prevalentes y ha impuesto a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Desde 1991 hasta la fecha se han dictado varias leyes especiales sobre aspectos específicos, como la Ley 25 de 1992, que regula obligaciones alimentarias, cuidado personal de los hijos y régimen de visitas, y la Ley 48, también de 1992, sobre reclutamiento y servicio militar. En sus observaciones al Informe, el Estado hizo notar la existencia de otras normas expedidas con el fin de mejorar la protección de los derechos de los niños: la Ley 294 de 1996 establece reglas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar; la Ley 311 de 1996 crea el Registro Nacional de Protección Familiar en el cual se identifica a quienes se sustraigan de prestar sus obligaciones alimentarias en favor de sus hijos; la Ley 360 de 1997 modifica algunas normas relativas a la comisión de delitos sexuales.

Entre las leyes que ratifican los derechos de la niñez están: Ley 12 de 1991 por la cual se ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; Ley 173 de 1994 por la cual se ratifica el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños; Ley 515 de 1999 por la cual se aprueba el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo; Ley 620 de 2000 por la cual se aprueba la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; Ley 704 de 2001 por la cual se ratifica el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo; Ley 765 de 2002 por la cual se aprueba el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre otras.

Dentro de la legislación Colombiana sobre la niñez se encuentra:

- La Ley 98 de 1920 “Por la cual se crean Juzgados de menores para que se ocuparan de la atención al menor con problemas de conducta”.
- Ley 79 de 1926. “Por la cual se crea el Ministerio de Instrucción Pública para la educación y guarda de menores”.
- Ley 129 de 1931. “Por la cual se adoptan normas para la protección del menor trabajador”.
- La ley 83 de 1946. “Ley Orgánica de la Defensa del niño. Se habla por primera vez de la protección del menor con limitaciones. Establece jurisdicción de menores para los menores de 18 años. Define estados de peligro físico y/o moral, las medidas de protección y crea el Consejo Nacional de Protección.
- Ley 140 de 1960. Reglamenta las Adopciones.
- Decreto 1818 de 1964 “Por el cual se crea el Consejo Colombiano de Protección Social del Menor y de la Familia que reemplazó al Consejo Nacional de Protección Infantil”. Se organiza División de Menores en el Ministerio de Justicia.

- Ley 75 de 1968. Por la cual se crea el ICBF Centralizando en este instituto los servicios de atención y protección a los menores de 18 años. Establece mecanismos para protección del menor y la familia. Crea figura la del Defensor de Menores.
- Ley 7 de 1979. Por la cual se crea el Sistema Nacional de Bienestar Familiar Este queda bajo la coordinación del ICBF. Formula principios fundamentales para la protección de la niñez.
- Decreto 2388 de 1979. Reglamentación de las leyes 75 de 1968, 27 de 1974 y 7 de 1979.
- Resolución 000773 de 1981. Reglamenta la Protección de menores de 18 años en el ICBF.
- Resolución 001586 de 1981 .Reglamenta actuaciones extrajudiciales de los defensores de menores y su intervención ante los Juzgados de Menores.
- *Decreto 2737 de 1989. "Código del Menor "*.Fija normas para adelantar el Proceso Administrativo de Protección, en el marco de la Doctrina de la Situación Irregular Crea las Comisarías de Familia y Defensorías de Familia reemplazando al Defensor de Menores y la Procuraduría Delegada para la Defensa del Menor y la Familia.
- Decreto 0566 de 1990 "Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público". Decreto de orden público. Los menores infractores serán conducidos a los establecimientos anexos a las cárceles ordinarias.
- Decreto 1684 de 1990. " Por el cual se proroga la vigencia del Decreto legislativo 566 de 1990" .Continúa con la posibilidad de arrestar niños y niñas en establecimientos anexos a las prisiones.
- Decreto 2893 de 1990. "Por el cual se proroga la vigencia del Decreto legislativo 566 de 1990 Orden público" .Arresto de niños y niñas.
- Decreto 1385 de 1994. Comité para la dejación de armas. Crea el CODA.
- Decreto 1673 de 1994 "Por el cual se asigna una competencia Asigna al Defensor de Familia el conocimiento de las denuncias contra los medios de comunicación escritos que realicen publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de niños y niñas".
- Decreto 0859 de 1995. "Por el cual se crea el Comité Interinstitucional para la Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Menor Trabajador".

- Resolución 01129 de 1996 (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social). “Por la cual se dictan algunas disposiciones relacionadas con el trabajo de los menores de edad”.
- Ley 387 de 1997 “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, la protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos en la República de Colombia “. Ley de atención a la población desplazada.
- Ley 418 de 1997 (Vigente hasta el 2002) “Por la cual se consagran unos instrumentos para la búsqueda de la convivencia, la eficacia de la justicia y se dictan otras disposiciones”. Tipifica el delito de reclutamiento de menores, solo para grupos armados ilegales.
- Decreto 2541 de 1998 “Por el cual se reglamenta el Servicio Militar Obligatorio para los menores de edad conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 418 de 1997”. Rige mientras dure la vigencia del art. 13 de la Ley .418 de 1997 .
- Decreto 2405 de 1999. Reglamentación: Modificado y adicionado por D.348/2000, DO.43932 (mar.13/2000) “Por el cual se reglamenta el artículo 99 de la Ley 508 de 1999. Niños - Asistencia social, establece programas de atención a la niñez”.
- Ley 515 de 1999 Convenio 138 de la OIT. Sobre la Edad mínima de admisión al empleo.
- Ley 548 de 1990 Reglamentación: Art. 2, inc. 2 aclarado por L.642/2001, DO.44282 Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997 y se dictan otras disposiciones. Orden público Servicio Militar Obligatorio Además de prorrogar la vigencia de la Ley 418, excluye del servicio militar a los menores de 18 años.
- Ley 724 de 2001 “Por la cual se institucionaliza el Día de la Niñez y la Recreación y se dictan otras disposiciones.”
- Ley 679 de 2001. “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores”, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución Prostitución, Pornografía infantil, Turismo sexual.

Al abordar la legislación sobre la niñez en Colombia se establece que el Decreto 2737 de 1989 o anterior Código del Menor ya no corresponde estudiarlo para efectos de la investigación, sin embargo un cuadro comparativo entre este decreto y la ley de infancia y adolescencia nos daría una mejor perspectiva de la evolución de esta normatividad de los niños en Colombia, en cuanto a la ley 12 de 1991, se

puede decir que al ser la que adopta la convención de los derechos del niño, se estudiará posteriormente dentro del desarrollo de los instrumentos internacionales sobre la materia.

**Tabla 3 DIFERENCIAS ENTRE EL DECRETO 2737 DE 1989 Y LA LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA**

CÓDIGO DEL MENOR Oto. 2737 de 1989 (Norma actual)	LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA
I. GENERALIDADES	I. GENERALIDADES
Doctrina de la situación irregular.	Doctrina de la protección integral. Convención internacional de los Derechos del niño, ley 12 de 1991
No desarrolla conceptos que la Ley precisa.	Consagra expresamente principios como la prevalencia de los derechos de niños, las niñas y los adolescentes, cuando se encuentren en conflicto con otras personas, la irrenunciabilidad y preferencia de las normas contenidas en esta Ley: la protección integral; el concepto de interés Superior; la corresponsabilidad de los actores de la protección y garantía; la perspectiva de género; la responsabilidad parental; la especificidad reconocida a los niños, niñas y adolescentes de los grupos étnicos y el deber de vigilancia del Estado.
No precisa las obligaciones que tienen con la infancia y la adolescencia, la familia, la sociedad y el Estado.	Precisa las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado: tal como lo señala los artículos 42 y 44 de la Constitución Política.
Niños y niñas y adolescentes objetos de protección.	Niños, niñas y adolescentes, son sujetos plenos de derechos, considerados personas autónomas, titulares de derechos y deberes.

CÓDIGO DEL MENOR Oto. 2737 de 1989 (Norma actual)	LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA
Se aplica únicamente a los niños que se encuentran en desventaja económica, social afectiva, física o moral. (Forma Singular)	Se aplica a la totalidad de los niños, niñas y adolescentes, sin importar la situación en la que se encuentren. (Forma Universal)
La respuesta desde esta doctrina a las situaciones en las que se pueden encontrar los niños, es mayoritariamente asistencialista y judicial, especialmente la de los infractores a la ley penal.	La respuesta desde la garantía y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, se manifiesta a través de políticas públicas con enfoque de derechos, poblacional y territorial.
La intervención se realiza (Juez o El defensor de familia no podrá Defensor de familia) cuando se decretar el abandono de niños o considera que hay "peligro material o niñas por causas atribuibles a la moral" (concepto impreciso), lo cual permite "disponer del niño, tomando la cuando se trata de problemas medida más conveniente y por tiempo indeterminado". Discrecionalidad prácticamente absoluta de las autoridades administrativas (Defensores de familia) y judiciales.	El defensor de familia no podrá decretar el abandono de niños o niñas por causas atribuibles a la pobreza. El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal, no puede tomar cualquier medida y si lo hace El Estado interviene a nivel nacional, departamental y municipal, como promotor de bienestar a través de políticas públicas sociales, básicas (educación, salud) y de protección.
Marcada tendencia a judicializar los problemas de índole social, asistencial y cultural. (Adicción, prostitución, trabajo infantil, criminalización de la pobreza)	Los problemas asistenciales son tratados desde la política pública pero descentralizadamente, multisectorialmente con participación del Estado, la familia, la comunidad, las ONG, entre otros.
Considera como abandono no sólo la falta de padres, sino también situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, dando lugar a la separación del niño de su entorno.	La situación económico-social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Constituye por el contrario, un llamado para apoyar a la familia en programas de salud, vivienda, educación... etc.
No contempla competentes de inspección vigilancia y control.	Precisa las autoridades competentes para hacer la inspección, vigilancia y control (Procuraduría, Contraloría, Defensoría, Personerías y entidades administrativas y la sociedad civil organizada) artículos 40 y 103 de la C.P.

CÓDIGO DEL MENOR Oto. 2737 de 1989 (Norma actual)	LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA
Las medidas tienen como fin la reeducación del menor, su rehabilitación.	Las medidas tienen como fin garantizar el pleno desarrollo físico y psicosocial del niño, niña o adolescente, y su integración familiar y social.
Enuncia derechos sin responsabilidades directas, ni mecanismos de efectividad.	Establece y desarrolla el principio de corresponsabilidad o de responsabilidad concurrente. no excluyente ni subsidiaria, entre el Estado, la sociedad y la familia frente a la efectividad de los derechos del niño, niña o adolescente.
El ICBF es el responsable de todo lo que ocurre a los niños colombianos.	La política de inversión en pro de la infancia se instituye claramente como prioridad en las agendas del sector público. El mandato establece responsabilidades tanto a los entes territoriales, como a las organizaciones de la sociedad. La situación de los niños nos incumbe a todos.
No desarrolla de manera específica el tema de POLÍTICAS PÚBLICAS, ni responsables ni sanciones ante su incumplimiento.	Desarrolla un capítulo de POLÍTICAS PÚBLICAS, donde establece: RESPONSABLES Y SANCIONES APLICABLES.
11. FINALIDAD	11. FINALIDAD
Proteger al menor que se encuentre en situación irregular	Establece los principios rectores que orientan la protección integral, la responsabilidad, la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos y el desarrollo integral de los niños y niñas y adolescentes. Introduce la necesidad de una política de prevención como línea de base de la protección integral. Desarrolla el principio del INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO como el estricto respeto y máxima satisfacción de sus derechos frente a cualquier circunstancia o decisión.

<b>CÓDIGO DEL MENOR Oto. 2737 de 1989 (Norma actual)</b>	<b>LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA</b>
Plantea la protección para niños en situación irregular, como política distributiva.	Enfoque SOLIDARIO de la protección integral, donde concurren la familia, la sociedad y el Estado en desarrollo del principio de corresponsabilidad.
Ignora la PREVENCIÓN como elemento fundamental para controlar dinámica de los fenómenos sociales.	Consagra la necesidad de una política de prevención dentro de la política pública, con participación de diferentes
<b>111. CUANDO OPERA LA PROTECCIÓN</b>	<b>111. CUANDO OPERA LA PROTECCIÓN</b>
Las medidas de protección se aplican cuando un menor se encuentre en situación irregular; es decir, abandonado o en peligro, carezca de atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, su patrimonio se encuentre amenazado, sea infractor de la ley, carezca de representante legal, sufra discapacidad, sea adicto a sustancias, o sea trabajador no autorizado.	Las medidas de protección se aplican ante la amenaza o vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente, por: ausencia, abuso u omisión por parte de su familia, representantes legales o personas responsables de su cuidado, por acción u omisión por parte del Estado o la sociedad, de las responsabilidades señaladas en la Constitución Política o en la ley, o por razón de la conducta del mismo niño, cuando ella amenace o vulnere sus derechos, los derechos de los demás o el orden jurídico (Infractor)
<b>IV. SISTEMA TUTELAR MENOR AUTOR O PARTICIPE DE UNA INFRACCIÓN PENAL</b>	<b>IV. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL</b>
Ausencia de principios y garantías procesales Ej. Defensa técnica y segunda instancia, hoy aplicadas por vía jurisprudencia.	Consagra todas las garantías sustanciales y procesales, especialmente la defensa técnica y la segunda instancia por vía legal, para preservar el principio del Debido Proceso.
Concentración de funciones de investigación y juzgamiento en el juez de menores.	Se crea el sistema especializado de responsabilidad penal para adolescentes. Separación de funciones.(Fiscalía especializada Jueces penales para adolescentes)
Única Instancia, excepcionalmente segunda instancia cuando la medida protección adoptada sea la de internamiento, en aplicación a la jurisprudencia de la Corte Constitucional.	Se crea la segunda instancia especializada y la posibilidad de recurrir en casación ante la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

CÓDIGO DEL MENOR Oto. 2737 de 1989 (Norma actual)	LEY DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA
Hay dualidad de funciones entre el Defensor de Familia y apoderado del menor.	Establece claramente cuales son las funciones del Defensor de Familia y del apoderado, con lo cual se garantiza la defensa técnica de los jóvenes responsables penalmente; conservando el defensor de familia su función de protección y garantía de derechos.

Finalmente y después de este desarrollo del bloque de constitucionalidad en materia de menores y específicamente en lo que respecta a la corresponsabilidad de la familia , el estado y la sociedad se puede determinar que anteriormente esta responsabilidad se guiaba por criterios de subsidiaridad o residualidad, es decir las obligaciones se desprendían primero de la familia, si esta era incapaz entonces entraba la sociedad y el estado, así el desarrollo jurisprudencial defiende este criterio al ser anterior a la incorporación de la corresponsabilidad en nuestra legislación del menor, pero veremos que para la aplicación y exigencia de estas responsabilidades debe existir un límite que no permiten que actúen los actores simultáneamente sino en forma diferenciada.

Hoy se entendería que esta responsabilidad es solidaria, concurrente y articulada pues al tener a cargo estos actores ya no la protección del menor en algunas situaciones sino una protección en sentido integral, se requiere abarcar todas las situaciones y derechos del niño, entonces tanto la familia, como la sociedad y el estado deben actuar permanentemente y en forma compartida según las necesidades y requerimientos del menor, sin embargo, para fijar los límites de las responsabilidades se debe reglamentar la materia y la Corte Constitucional con la implementación de estas normas debe ampliar el alcance de estos conceptos, pero para efectos de la investigación se puede pensar que volveríamos a la concepción anterior con algunos cambios, es decir, aunque estos actores deben actuar concurrentemente pueden actuar en la misma situación todos pero en lo que a cada uno le corresponde, pero ¿que le corresponde a cada uno? Y aquí podríamos decir que volvemos a la concepción en donde es primero la familia, luego el estado y la sociedad, con la diferencia de que aquí se acentúa más la responsabilidad del estado quien en últimas debe garantizar los derechos a todos los menores sin excusarse nunca en las responsabilidades de la familia y la sociedad pues es el Estado el que tiene que proteger estas instituciones (familia y sociedad) entonces protege la población entera, la sociedad , al interior la familia, y al interior de esta sus miembros, entre ellos los más vulnerables como son los menores, es una cadena que lleva a determinar que es el estado finalmente el gran corresponsable de los menores.

Además para que la familia y la sociedad cumplan con sus obligaciones, debe el estado brindar los mecanismos y las condiciones necesarias para lograrlo, teniendo en cuenta que nos encontramos en un estado social y democrático de derecho, en donde tanto el Plan Nacional de Desarrollo y los distintos presupuestos deben destinar acápites y rubros para estos fines con expreso mandato de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Así, los algunos principios de la corresponsabilidad del estado que podrían desprenderse de las entrevistas hechas a los ponentes de la Ley y de los distintos fundamentos legales y constitucionales vendrían a ser:

Responsabilidad concurrente de donde se deriva el concepto de corresponsabilidad, ya que debe actuar simultáneamente el Estado junto con los demás actores responsables, es decir, con la familia y la sociedad, en cualquier situación en que los menores requieran protección deben concurrir todos a garantizar sus derechos. Entonces aquí hay ya dos características es concurrente y simultánea la corresponsabilidad.

Pero, como en muchas situaciones y para que en realidad se proteja al menor permanentemente e integralmente, debe existir un orden para actuar, es aquí donde volveríamos al esquema anterior y según palabras de la Senadora Gina Parody refiriéndose a la responsabilidad del Estado dice sobre este punto: “la responsabilidad, aunque diferenciada, es compartida por la familia, por la sociedad y por el Estado. La Constitución Política de 1991 dice que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”. *Se puede afirmar que el ejercicio de la responsabilidad parte de la esfera privada en la cual los protagonistas son los padres, los demás miembros de la familia, los representantes legales y las personas a quienes se les ha asignado el cuidado y atención de los niños, niñas o adolescentes. La esfera privada se abre hacia la vida pública a través de la responsabilidad social y ésta se conduce a la participación pública a través de las instituciones del Estado para culminar el ciclo de la corresponsabilidad.*” Entonces la responsabilidad en realidad y en la práctica tendría que ser subsidiaria primero la familia (esfera privada) luego la sociedad y en lo que estas no puedan suplir entra el estado.

Aunque parece contradictorio que al mismo tiempo se caracterice la responsabilidad del estado por ser concurrente y simultánea pero también subsidiaria y residual, se entiende, en el sentido de que la Ley de Infancia y Adolescencia busca una Protección Integral del menor, por tanto, una protección permanente evitando que en algún momento éste quede desamparado, es decir, en toda circunstancia el menor debe estar protegido por cualquiera de los tres actores, por eso debe ser concurrente, todos deben acudir a su protección. Entonces la concurrencia debe explicarse por la búsqueda de una integralidad en la protección del menor intentando evitar una desprotección de mismo en

determinadas circunstancias, pues si no esta la familia, esta el estado, o la sociedad pero nunca puede quedar desprotegido.

Por otra parte, es residual y subsidiaria ya que para hacer realidad la protección se deben determinar responsabilidades a cada uno y aquí se establecen entonces lo que podríamos llamar un orden o unas jerarquías para efectos de la investigación, pues es la familia la primera obligada a la protección, en lo que esta no es capaz entra la sociedad y es el estado finalmente el último responsable cuando estos dos estamentos no tienen a capacidad suficiente para garantizar sus derechos.

Hablo de jerarquías por que tal como lo afirmó el senador Héctor Helí Rojas en una de sus entrevistas *“para mí insisto el primer obligado, el gran obligado es el estado”*, así aunque entra a actuar al final, cuando la familia o la sociedad no pudieron, esta presente en todo el proceso vigilando que estos cumplan con cada una de sus responsabilidades para en caso de incumplimiento entrar a actuar ya sea con medidas sancionatorias o simplemente supliendo los vacíos que estos dos actores no pueden brindar; Además de ser el estado el encargado de crear las condiciones y mecanismos para que la familia y la sociedad puedan brindar esta protección.

Y es también el gran obligado, por que es el responsable de proteger a la población Colombiana en general, en donde entra la sociedad y la familia como célula de la misma, y por tanto, de proteger a cada uno de los miembros de la misma entre quienes se encuentran los menores que son los más vulnerables en su interior , en este sentido el Senador Hector Helí afirma *“...el estado tiene que llegar al tiempo con la familia y la sociedad para proteger la familia, claro, y a través de esa protección a la familia, proteger a los niños que hacen parte de esas familias o de esas uniones familiares”*.

Es entonces diferenciada esta responsabilidad y se evidencia esta característica en la Ley de Infancia y adolescencia al enunciar una lista de responsabilidades individuales y diferenciadas a cada uno de los actores de la corresponsabilidad en su artículo 41 y que ya fueron estudiadas en el capítulo anterior.

Por lo anterior se puede decir que la responsabilidad del estado sería concurrente, conjunta, simultánea, permanente pero a la vez subsidiaria, residual, además de caracterizarse por su integralidad, por ser superior y más importante que la que podría desprenderse de la familia y la sociedad.

#### 4. EFECTOS PENALES DE LA CONSAGRACIÓN DE LA CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Para determinar si es posible la existencia de responsabilidad penal predicable del estado, por incumplimiento o defraudación del principio de corresponsabilidad frente a los menores, se requiere comenzar por recordando que conforme a la Ley 599 de 2000, “para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”. Siguiendo la jurisprudencia y doctrina nacionales, se adoptó en Colombia un derecho penal de acto que es el de exterioridad o materialidad del hecho punible, pues las normas penales sólo le incumben las acciones (u omisiones) que sean exteriorizadas por la “persona”, y no aquéllas que se mantengan en su intimidad, es decir, que se encuentren todavía interiorizadas.

Entonces, es necesario para que exista un delito, que la voluntad del “ser humano” se haya manifestado en el mundo exterior, que haya acción, en el sentido que se atribuye a ésta en el derecho penal. Es aquí donde rige también el principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), pues debe entenderse que si “ninguna persona puede ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”, lo único que puede ser sancionado por el derecho penal son precisamente “actos u omisiones”, no la personalidad del autor; por lo que en este sentido se deja de lado la concepción positivista que pregona un concepto peligrosista del derecho penal. Para Juan Carlos Forero el hecho punible implica, en un derecho penal de acto, la existencia de una conducta previa, que puede ser activa u omisiva y tiene unos atributos o cualidades que son la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Además, se puede afirmar que el actual código penal se adscribe no a una escuela del pensamiento penal, sino que adopta una perspectiva integradora que toma conceptos de cada una de ellas.

En este punto es útil para la investigación estudiar la acción y omisión en cada una de las escuelas de pensamiento, especialmente esta última, al ser de donde se desprenden las posiciones de garantía que con la expedición de la ley de Infancia y adolescencia se le atribuyen en forma directa al Estado, la sociedad y la familia, para de esta forma determinar si puede configurarse la responsabilidad penal, específicamente por responsabilidad en garantía, en el tratamiento de los menores de edad en nuestro país.

##### 4.1 CAUSALISMO CLÁSICO

En esta escuela se consideró que acción era un movimiento o inervación muscular sensorialmente perceptible, que producía una modificación en el mundo exterior, pero este concepto causal no podía explicar los delitos de omisión a pesar que

ERNST VON BELING considerara que había una causalidad típica que se basaba en la contención de los nervios motores dominada por la voluntad<sup>32</sup>, este sería el concepto de omisión según los principales exponentes de la escuela, considerado un concepto de omisión intransitivo (*SILVA SANCHEZ Jesús Maria. El delito de omisión concepto y sistema JM BOSH Barcelona 1996. La intransitividad se refleja en el hecho de que la omisión sería la ausencia querida de todo movimiento corporal. Esta tesis choca con la realidad en la medida de que es casi imposible lograr que el ser humano se encuentre en total inactividad. Por ello la consecuencia inevitable de todo el planteamiento expuesto es que ese concepto de omisión carece de todo valor sistemático*). Se evidencia que mientras para Beling la omisión es no hacer nada, para Franz Von Litz es no hacer algo determinado en donde encontraríamos el concepto transitivo de omisión. Esto quiere decir que en la escuela causalista existe un concepto intransitivo y otro transitivo de la omisión.

## 4.2 NEOKANTISMO

En este concepto neoclásico del delito se han propuesto varias definiciones del concepto de acción. Para Mezger, la acción es el hacer o dejar de hacer lo querido, sin importar el contenido de lo querido. Radbruch por su parte, propuso la absorción de la acción y de la omisión por el tipo penal al ser el primer punto que debe estudiarse (Jacobs Gunther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación).

Tratando de superar los problemas con el concepto de acción esta escuela en cabeza de STAMMLER, RICKERT Y LASK, acudió al concepto de comportamiento entendido como efectividad de la voluntad humana en el mundo exterior, así desencadenan varios conceptos: Comportamiento voluntario (HIPPEL), realización de la voluntad (MAYER), comportamiento según albedrío (RITTER), o simplemente comportamiento humano (MEZGER).

Para otros autores como RADBRUCH, FRANK y FESTGABE consideran suficiente el estudio del delito desde la tipicidad, desechando el concepto de acción o comportamiento, pues de él y según estos autores no se puede deducir consecuencias prácticas para la teoría del delito. En este sentido Roxin afirma que no se puede dejar de lado el tema de la acción aunque se comience la estructura sistemática por el tipo penal<sup>33</sup>. *Tiene que haber un sustrato común al que se puedan las valoraciones jurídico penales, pues si según opinión casi unánime no son adecuados para ello fenómenos como pensamientos, entonces los hechos que parecen idóneos para una posible valoración han de diferenciarse de los que no son idóneos para ello mediante cualidades positivas detallables, que los*

---

<sup>32</sup> BELING, Ernest. Esquema del Derecho Penal. Buenos Aires: Ed. Desalma.1944

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Tratado MUÑOZ CONDE Francisco Bosh. Barcelona: 1972 p. 252.

*conviertan en acciones y no es nada superfluo buscarlas sobre todo debido a la función sistemática del concepto de acción como elemento de enlace o unión).*

### **4.3 ESCUELA NACIONAL SOCIALISTA DEL DERECHO PENAL O ESCUELA DE KIEL**

En Alemania desde principios de los años treinta hasta mediados de los cuarenta surge esta escuela con exponentes como FRIEDRICH SHAFSTEIN, para quien el delito no constituye una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico sino que es una lesión de un *deber* por tanto se sustituye el concepto garantista de bien jurídico por el de “deber del individuo hacia el estado”. GEORGE DAHM consideró el delito como una traición, al estimar que el delito no consiste en la lesión de un bien jurídico sino “en la afección de un deber de fidelidad”.

Se debe tener en cuenta que esta escuela se gesta al interior de un derecho penal intervencionista, así el Estado exige a los ciudadanos más deberes de acción y por tanto responsabilidad por omisión del cumplimiento de los mismos, por ello el autor de un delito de omisión debe tener el deber de actuar cuando el sano sentimiento del pueblo lo indica sin precisarse su contenido y alcance.

### **4.4 FINALISMO**

Para el finalismo la acción es algo que va más allá de la causalidad. La acción requiere finalidad, una conducción final del proceso causal, por lo que al interior del concepto de acción se encuentra la causalidad y la finalidad, mientras que en la omisión no existe causalidad al no causar nada (de la nada nada surge), y como la finalidad sólo se predica de un proceso causal, entonces según KAUFMANN en la omisión falta causalidad y por tanto faltará finalidad (VORSATZ).

En este sentido KAUFMANN incorpora un principio o criterio de la inversión (principio inverso). Todo lo que de manera positiva concurra en la acción faltará en la omisión además de encontrar un elemento común a la acción y la omisión que es la capacidad de acción, entendiendo el concepto de conducta como “La actividad o pasividad corporal comprendidas en la capacidad de dirección finalista de la voluntad”<sup>34</sup>.

Siendo así, cuando falte la capacidad de acción faltará tanto la acción como la omisión (COBO DEL ROSAL p 354) sostiene respecto de la posibilidad de una omisión prejurídica que la omisión a diferencia de la acción sólo puede definirse normativamente “solamente puede hablarse de omisión en el seno de un sistema

---

<sup>34</sup> CEREZO MIR José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. Tomo II. 6 Ed. Edit Tecnos S.A. Madrid 1978.

*normativo cualquiera y en cada sistema normativo cabrá calificar de omisiones exclusivamente los comportamientos que impliquen la no realización de las acciones que el sistema espera que sean llevadas a cabo”). Para GALLAS por su parte, el no hacer es también una forma de comportarse y el único lazo existente entre el hacer y el omitir es que en ambos se produce la exteriorización de la voluntad<sup>35</sup>*

## 4.5 FUNCIONALISMO

El funcionalismo es una nueva tendencia del derecho penal y se inspira en la corriente sociológica funcionalista que considera a la sociedad como un organismo complejo, armónicamente integrado por miembros que desarrollan dentro de ella una “función”. Existen dos tendencias funcionalistas: La corriente **funcionalista moderada** o sistema de la escuela de Munich, con su mayor exponente CLAUS ROXIN y, la Corriente **funcionalista Radical** o nueva Escuela de Bonn cuyo máximo representante es GUNTHER JAKOBS.

### 4.5.1 Funcionalismo moderado o escuela de München

Se aparta del dualismo metodológico propuesto por LIZT quien pensaba que la ciencia del derecho penal es sólo tal, en tanto se enfrente con el análisis conceptual de las reglas jurídico positivas; mientras que para el mismo autor, la política criminal que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del derecho penal está situada fuera de lo jurídico (Control externo). Por el contrario, para ROXIN el derecho penal se enriquece con los aportes de la política criminal creando un sistema abierto a las valoraciones de índole político criminal y no cerrado como proponía VON LIZT.

Considerando ROXIN que la función político criminal del tipo se reduce a plasmar el principio de legalidad, así mismo sostiene que para ello se dan dos métodos fundamentalmente distintos: los delitos de acción y **delitos de infracción de deber** estos son los delitos en los cuales al legislador no le interesa la cualidad externa de la conducta del autor. Ya que el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conductas derivadas del papel social que desempeña, por tanto, en estos delitos tal como lo afirma Juan Carlos Forero, se infringe un deber especial que radica en cabeza de un sujeto, y al derecho le es indiferente si tal infracción se produce mediante una acción o una omisión.

Entonces se incluyen en el tipo de un delito de acción los delitos que consisten en la infracción de un deber como en el caso en que una madre deja morir de

---

<sup>35</sup>GALLAS, W. La teoría del delito en su momento actual. Trad. Córdoba Roa Juan. Barcelona: 1959 p. 355.

hambre a su hijo, se trata de una evidente infracción del deber en el marco de una relación social previamente *existente*.<sup>36</sup>

En estos delitos el principio de legalidad se cumple si los deberes están determinados claramente así sea en normas extrapenales, por ello los deberes sociales o el *rol* deben estar determinados por ley.

Por lo anterior y en palabras de Juan Carlos Forero, “se equiparan la acción y la omisión cuando se trata de la omisión de un deber nacido del papel social desempeñado, que constituyen determinados tipos, por lo que es indiferente que la infracción se realice por acción u omisión”. Entonces, se entendería que es indiferente si el Estado, la familia o la sociedad actúan u omiten algo, lo que realmente interesa es que exista una infracción a los deberes que la Ley de Infancia y Adolescencia les han atribuido como garantes de los menores.

Para ROXIN la acción se define como “la manifestación de la personalidad”, lo que quiere decir que es acción todo lo que pueda atribuirse al ser humano como centro anímico espiritual de acción, y no hay acción cuando se producen efectos que parten únicamente de la esfera corporal sin estar sometidos al control del yo como los movimientos reflejo, los pensamientos, los impulsos de la voluntad si no tienen trascendencia exterior.

#### **4.5.2 Funcionalismo radical de Günther Jakobs**

Es preciso resaltar que la función que se le asigne a la pena va unida a la que se le otorga al derecho penal, por ello para Jacobs la pena cumple la función de confirmar la confianza en la vigencia de la norma a pesar de que se infrinja (función preventivo general, de carácter positivo o de integración) tendiendo a ejercer en los ciudadanos fidelidad al derecho.

De esta forma Jakobs sostiene que la responsabilidad jurídico penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol, en la defraudación de una expectativa y no en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado, desconociendo el principio de la antijuridicidad material, idea que parece opuesta a los fundamentos de nuestro código penal en su artículo once.

La diferencia entonces entre ROXIN y JAKOBS radica en que el primero considera que la intervención del derecho penal se justifica o se hace necesaria cuando se ha producido una lesión o puesta en peligro el bien jurídico, mientras Jakobs considera que es más importante la defraudación a la expectativa o el irrespeto a la norma.

---

<sup>36</sup> ROXIN, Claus. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Trad MUÑOZ CONDE, Francisco. Bosh, Barcelona: 1972 p. 223.

Con respecto a la omisión en el funcionalismo radical se considera que el fundamento de la responsabilidad en la omisión impropia reside en el hecho de que el agente haya adquirido *posición de garante*; así, para Jakobs tanto en los delitos de acción como en los de omisión, existe una posición de garante debido a que la finalidad de la imputación es precisar si un suceso se encuentra o no dentro del ámbito de responsabilidad de un sujeto, pues el ciudadano sólo se encuentra obligado a realizar sino a todo lo que se enmarca en la órbita de su rol.

Se debe tener en cuenta dentro de la teoría de Jakobs que en caso en que concurren deberes de distinto género, prevalece el deber de garante, por ello el padre en un accidente, debe salvar a su hijo en peligro antes que a un tercero<sup>37</sup>.

Para JAKOBS existen dos clases de roles o status:

- a. Status general o rol común.
- b. Status especial o rol especial.

La responsabilidad penal se fundamenta en el quebrantamiento de un rol que se tiene dentro de la sociedad, y según el rol que cumpla la persona en la sociedad existen dos clases de delitos también: rol general (compromete los delitos de organización) y, rol especial (es decir, los llamados delitos de infracción).

Jakobs interpreta los conceptos de acción y omisión calificándolos conforme a dos criterios de imputación, “la acción como la causación evitable de un resultado y la omisión como la no evitación evitable de un resultado”.

Para el funcionalismo extremo la posición de garante es inherente a todos los delitos, además encuentra que al contrario de la doctrina naturalística a nivel jurídico no existe diferenciación entre acción y omisión.

Para Jakobs el fundamento de la responsabilidad penal se basa en dos criterios a saber:

1. Constituido por la lesión de los límites generales a la libertad respecto de la configuración exterior del mundo, es decir los “seres humanos” configuran el mundo externo ellos, sin embargo esa libertad de configuración tiene límites.

Se explica este fundamento en el sentido de que al interior de la sociedad cada uno de los miembros que la integran tienen un rol o status general, es un rol común a todos que para Jakobs se denomina *rol mínimo*. Los deberes que se

---

<sup>37</sup> GUNTHER, Jakobs. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid. España: Universidad de Extremadura. Jurídicas. 1995. p. 538

desprenden de ese rol tienen como nombre “deberes en virtud de responsabilidad por organización”.

Entonces, el fundamento en palabras de Juan Carlos Forero es “un miembro de la sociedad responde penalmente cuando irrespetea, lesiona o desconoce las reglas del status general”<sup>38</sup>

2. Irrespeto o inobservancia a las reglas que constituyen un status o rol especial. Aquí se tiene en cuenta que los seres humanos vienen en una sociedad previamente configurada de una forma específica, por tanto, los individuos tienen además de un rol general, un rol o status especial como el ser padres o cónyuges. Resalto a los padres ya que penalmente se les otorgaría este rol especial de proteger a sus hijos y especialmente a los menores y que de no hacerlo podrían incurrir en un delito por acción u omisión.

Así los deberes que sólo afectan a determinado grupo de personas se denominan “deberes en virtud de responsabilidad institucional”.

De esta forma Jakobs expresa que “tanto si se trata del status general, como del status especial, el fundamento de la responsabilidad es siempre la lesión de las reglas del status. En consecuencia no había nada más erróneo que la suposición de que ambos fundamentos de responsabilidad pertenecieran a diferentes mundos”<sup>39</sup> Así, el Estado, la sociedad y la familia tienen roles con respecto a los menores en Colombia derivados del mandato que la ley de Infancia y adolescencia contempla, y la lesión a esas reglas que como garantes los rigen es lo que configura la infracción a sus deberes y por tanto la responsabilidad en garantía, esto, independientemente si la infracción fue producto de una acción o una omisión.

De similar forma señala Claudia López, “si se parte de que el delito es la defraudación de expectativas que genera un status social, normativamente no existirá diferencia entre acción y omisión, porque no interesa desde un punto de vista naturalista si el sujeto actuó o dejó de actuar. Lo relevante es si defraudó las expectativas que genera su rol”<sup>40</sup>

En síntesis, el concepto de acción y omisión para Juan Carlos Forero sería “conducta es el comportamiento humano activo u omisivo con trascendencia social (exterior) que esté dominado por la voluntad, mientras que la omisión sería aquella clase de comportamiento pasivo que manifiesta un sujeto al que el ordenamiento

---

<sup>38</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Legis editores S.A. 2002. P. 18.

<sup>39</sup> MIR PUIG, Santiago. Derecho penal parte general. Cuarta edición. Barcelona: 1996. P. 159.

<sup>40</sup> LÓPEZ, Claudia. Introducción a la teoría de la imputación objetiva. Santafé de Bogotá: Departamento de publicaciones universidad externado de Colombia. 1996. P. 90.

jurídico le ha ordenado actuar en una situación determinada y respecto de un bien jurídico concreto”<sup>41</sup>

Para efectos de la investigación me parece relevante retomar la doctrina funcionalista, ya que los roles a los que él se refiere podrían explicar la responsabilidad penal que se derive de los tres actores que venimos estudiando, esto es, familia, sociedad y Estado, pues se ha determinado a lo largo de este estudio que con la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia cada uno de ellos se ha convertido en *garante* de bienes jurídicos cuya titularidad ha sido atribuida a los menores, configurándose distintos roles tanto generales como especiales para ellos. Así, la familia tiene un rol especial en la protección de sus menores hijos, específicamente los padres, pero al interior de la sociedad también pueden existir otros actores con roles especiales en determinados momentos, como los maestros al interior de las aulas escolares, las niñeras o quienes se encarguen del cuidado de un menor en ciertos momentos, así como cada uno de los estamentos, entidades y organismos (o sus integrantes) a los que la Ley de Infancia delega responsabilidades como es el Instituto de Bienestar Familiar, Defensoría del Pueblo, Comisarías de Familia, los jueces especializados de menores entre otras instituciones que conforman el ESTADO.

Además podría decirse que estos actores corresponsables responden penalmente por acción y por omisión, así por ejemplo, la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido (comisión por omisión), ó el funcionario de alguna entidad estatal que teniendo a su cargo ciertas funciones de protección al menor se abstiene deliberadamente de hacerlo. La situación surge a propósito de las instituciones sociales respecto de quienes en ciertos momentos se constituye un rol especial, y omiten proteger o cumplir su función para con los menores, o simplemente los miembros de la sociedad entera que omiten salvaguardar los derechos de los menores cuando se encuentran en posibilidad de hacerlo y les es exigible en concreto, pues todos como miembros de la sociedad tenemos un rol general hacia la protección de menores, pero surge un rol especial en los momentos en que la ley constituye la obligación de proveerles cierto tipo de protección, se conoce la amenaza de sus derechos y sin embargo no se actúa.

Desde tal perspectiva cabe preguntarse si surge la posición de garante para con los mismos, particularmente en los eventos gravados por la corresponsabilidad del Estado, de suerte que pueda constituirse una responsabilidad penal por violación a reglas de status general o especial.

Para abordar la respuesta se hace preciso establecer si se dan las bases de imputación y cuáles serían, a fin de señalar los fundamentos legales y constitucionales que lo permitirían al amparo de la legislación sobreviniente.

---

<sup>41</sup>FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Legis editores S.A. 2002. P. 20.

#### 4.6 EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD COMO FUENTE DE GARANTÍA

La razón constitucional por la cual la familia, la sociedad y el estado pueden señalarse garantes de los derechos de los niños y adolescentes, es el principio de solidaridad social, conforme con el cual, ciertas personas e instituciones están llamadas a proveer los medios de satisfacción de cierto tipo de necesidades a las personas que por razones específicas bien no pueden autosatisfacerse o, bien porque les ha sido configurado un medio de satisfacción originado en la organización social a la cual se adscriben como seres sociales.

De esta forma, en razón a dicho principio puede señalarse organizaciones sociales como la familia, o políticas como el estado, en condición de deudores de prestaciones concretas exigibles a favor, en este caso, de niños, niñas y adolescentes. Históricamente la solidaridad social como principio surge en su primer momento como “solidaridad territorial”, pues sólo “podía desarrollarse entonces en aquellos lugares en los que, como consecuencia de los mercados, se concentraban en un breve espacio división de trabajo e intercambio, saber, en las ciudades (...), esto hace precisa una unidad de acción para la protección de este espacio así como para su eventual ampliación” Por ello se genera un “alto grado de división de trabajo social y condicionada por ella una cierta permanencia y densidad de las relaciones de intercambio e interdependencia”<sup>42</sup>.

Es aquí donde surge entonces la solidaridad pues las relaciones de interdependencia son catalogadas como funciones sociales. Además, el Estado no puede “renunciar a la utilización de los poderes espirituales para sus fines”<sup>43</sup> y dentro de estos poderes espirituales vendríamos a encontrar las funciones sociales, que devienen obligatorias solamente mediante ordenaciones normativas. Por tanto, se evidencia que históricamente también las funciones sociales estaban ligadas al principio de legalidad, es decir, se requería una armonía entre lo sociológico, cultural y el orden normativo.

Para LEON DUGUIT, otro de los precursores de la solidaridad social, toda persona “tiene la obligación social de cumplir una cierta misión o función social de la cual depende la cohesión social”<sup>44</sup> calificando la solidaridad social como una “ley fundamental de todas las sociedades modernas”, fundada en el hecho de la “interdependencia, que une entre sí por la comunidad de necesidades y la división de trabajo, a los miembros de la humanidad, y en especial los miembros de un mismo grupo social”. Así mismo responsabiliza al estado de asegurar la

---

<sup>42</sup> SÉLLER, Hermann. Teoría del Estado, México: Fono de Cultura Económica, 1987, p. 219 y 220. CANCINO Antonio José. Compilador. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. P. 432.

<sup>43</sup> Ibid. p. 225.

<sup>44</sup> DUGUIT, Leon. La Transformación de Estado. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y extranjera p. 67, 181, 182.

realización de la solidaridad mediante la creación de leyes que lo garantice, por lo que las funciones sociales que les corresponde a los individuos en un Estado Social, deben ser actualizadas por medio de la ley, razón por la que una vez más se puede afirmar que los deberes sociales coexisten con el principio de legalidad siendo además la única forma de que se tornen en obligatorios. Así DUGUIT sostuvo, “la existencia de una regla de derecho que obliga a cada hombre a desempeñar cierto papel social”<sup>45</sup> y, en consecuencia, “todos los actos que realizase contrarios a la función que le incumbe serán socialmente reprimidos”.

Conforme a lo cual para que puedan exigirse coercitivamente las funciones sociales, requieren reconocimiento a través del ordenamiento jurídico, en este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado diciendo que los deberes sociales son exigibles por ley al ciudadano, motivadas por fundadas razones determinadas por el legislador quien se ocupa de su actualización (Sentencias T 125 de 1994 y C- 048 de 2001), dicho deber de solidaridad “es exigible en los términos de ley” (Sentencia C-237 de 1997), además resulta inconstitucional permitir que “los deberes tengan una fuente distinta de la Constitución y la Ley”<sup>46</sup>

Los deberes y obligaciones constitucionales tendrían entonces el mismo valor vinculante de los derechos fundamentales ya que son debidos en y para satisfacción de los derechos personales<sup>47</sup>, de la misma forma la corporación ha reconocido la naturaleza jurídica de los deberes constitucionales que emanan del principio de solidaridad social, de donde se concluye que los deberes sociales consagrados en la Carta Política son deberes jurídicos, en el entendido de saber que estos deberes toman mayor relevancia si trata del tema de los menores de edad teniendo en cuenta la prevalencia de sus derechos y el principio de interés superior. Además fueron plasmados expresa y taxativamente en la Ley de Infancia y Adolescencia configurando a la familia, la sociedad y el estado en garantes de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Seguidamente, se entiende que en principio la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el estado se encuentra plasmada tanto constitucional como legalmente en la misma Ley de donde surge que su posición de garante es legal, por tanto obligatoria y exigible en favor de los menores.

Por otro lado, la solidaridad social es un principio que permite delimitar también quiénes son garantes de los menores en la sociedad particularmente, y puede decirse que estos deberes sociales están plasmados en la Ley de Infancia y Adolescencia dentro de las obligaciones de la sociedad, por lo que únicamente

---

<sup>45</sup> Ibid p. 13.

<sup>46</sup> MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo y VARGAS DE HERNÁNDEZ, Clara Inés. Corte Constitucional. Sentencia C- 251 de 11 de abril de 2002.

<sup>47</sup> BIDART CAMPO, German. Las obligaciones en el derecho constitucional. Buenos Aires: Ediar. 1987. P. 9 y 113.

sobre estas obligaciones taxativas se tendría que delimitar su corresponsabilidad como garante (Artículo 40 de la ley de infancia y adolescencia) ya que fuera de ellas no estarían plasmadas legalmente y, de lo contrario, se atentaría el principio de legalidad, luego no existe en esas otras situaciones no consideradas legalmente posición de garantía. Y es el estado el responsable del efectivo cumplimiento de estos deberes sociales y de que la solidaridad social sea una realidad.

Debe retomarse el hecho de que los deberes y obligaciones constitucionales requieren un desarrollo legislativo para ser exigibles, y se aclara que precisamente en materia de menores es la Ley de Infancia y Adolescencia la que desarrolló este tema de forma concreta. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que según la Corte Constitucional se ha aceptado que pueden ser exigibles de manera directa, incluso a particulares cuando esté de por medio la efectividad de un derecho constitucional importante como la vida y la integridad personal, pero ello es una labor exclusivamente de los jueces de tutela (sentencias T- 125 de 1994, T- 036 de 1995, T-362 de 1997 y C-237 de 1997).

Después esta postura cambió admitiendo que las autoridades podían hacer efectivos los deberes sociales sin esperar el desarrollo legal, si fuera posible encuadrar la violación a un derecho fundamental en un ilícito penal consagrado en la ley como causal específica de responsabilidad (Sentencia T-602 de 1995).

Entonces, “es viable exigir el cumplimiento de deberes constitucionales cuando su incumplimiento ponga en peligro un derecho fundamental de la persona, en especial la vida e integridad personal, y exista una norma que permita anudar una sanción al incumplimiento de la obligación, tal como sucede con la fórmula de la comisión por omisión, que por demás, es un verdadero dispositivo amplificador del tipo”<sup>48</sup>. Con base en lo anterior la familia, la sociedad y el estado son garantes de los menores y sus deberes legales están descritos en la ley de Infancia y Adolescencia, así, cuando el incumplimiento de los deberes que les corresponden plasmados tanto en la Constitución como en la Ley de Infancia ponga en peligro derechos fundamentales de los menores, responderían penalmente en comisión por omisión, al ser la norma que sanciona el incumplimiento de los deberes que por responsabilidad en garantía les corresponde.

Al mismo tiempo, es posible afirmar que la solidaridad como valor superior del ordenamiento jurídico fundamenta derechos por su carácter relacional, pues su punto de partida es el reconocimiento de la realidad del otro y la consideración de sus problemas como no ajenos, sino susceptibles de resolución con intervención de los poderes públicos y de los demás. Fundamenta derechos en forma indirecta por intermedio de los deberes y desde comportamientos solidarios se deduce

---

<sup>48</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. P. 439.

entonces la existencia de deberes positivos para el poder público y los particulares, personas físicas y jurídicas<sup>49</sup>, es aquí en donde se produce para Pérez Luño (Cancino, 2003) “la abolición fáctica de la separación entre el estado y la sociedad”<sup>50</sup>. Para la solución de problemas se habla de la intervención tanto de los poderes públicos (Estado) como de los demás (sociedad), así debido a la solidaridad surgen derechos y correlativos deberes en este caso para el estado y la sociedad, en favor de los menores, siendo sus garantes el estado y la sociedad, obviamente al interior de ella su célula fundamental cual es su familia.

Se habla de particulares (familiares y miembros de la sociedad en general), poder público (el estado con sus entidades), de persona físicas (miembros de la familia, de la sociedad y de las entidades públicas y privadas) y las personas jurídicas (Estado, por medio de sus representantes legales). Finalmente se relaciona la abolición de la separación entre estado y sociedad, pues realmente aquí hay responsabilidad cointegrada y, tanto el estado como la sociedad deben responder conjuntamente por estos deberes.

Por consiguiente, puede afirmarse que en la actualidad existe expresa consagración legal de los deberes que corresponden a la familia, la sociedad y el estado, concretando su obligación de solidaridad respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, por lo que su incumplimiento permite derivar responsabilidad penal, específicamente de comisión por omisión, derivada de la posición de garante que ostentan estos tres estamentos hacia los menores, precisamente y a propósito de los deberes que taxativamente se plasmaron para cada uno de ellos en la ley de Infancia y adolescencia, lo que hace posible que por el incumplimiento de estas obligaciones se pueda derivar una responsabilidad penal, y por tanto han sido echadas las bases de imputación jurídica del resultado. Debe tenerse en cuenta que tal compromiso puede afectar tanto a los miembros de la familia como de la sociedad, mientras que el Estado no puede responder penalmente como ente sino a través de sus entidades estatales y éstas a través de sus representantes legales.

En este punto es indispensable precisar que el delito de omisión nace y se fortalece realmente en un Estado Social de Derecho como el que pregona nuestra actual Carta Política, ya que en un estado liberal no tiene sentido exigir deberes a los ciudadanos porque no es posible en ese modelo que intervenga la libertad individual para exigir deberes de solidaridad, puesto que el modelo liberal pregona el “dejar pasar dejar hacer”.

Entonces para hablar de los derechos en este tipo de Estado plasmado en nuestra actual Constitución nos referimos a los llamados “derechos prestación” que

---

<sup>49</sup> PECES-BARBA. Curso de derechos fundamentales, cit., p. 221,238, 239 y 250.

<sup>50</sup> CANCINO, Antonio José. Compilador. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. Pág. 440. 2003

obedecen a la técnica prestacional en el Estado Social, ya que la obligación presenta un contenido positivo de dar o hacer, y por tanto sus titulares pueden exigir del estado, de otros grupos sociales e incluso de los particulares ciertos “comportamientos positivos, conductas u obligaciones de hacer”<sup>51</sup>. De esta manera, los menores pueden exigir del Estado la protección de sus derechos, representados en obligaciones de dar o de hacer que le competen, y al ser un Estado Social el que nos rige, así mismo deben ser más amplios los derechos y la protección que le corresponde proveer a los menores. Estos derechos prestación pueden ser exigidos por sus titulares que en este caso son los menores y, en caso de incapacidad para reclamar, corresponde a sus representantes legales, encargados de hacerlo.

De cualquier forma, el Estado no puede excusarse en la inexistencia de petición concreta a favor del menor para cumplir su obligación, sino que en todo momento debe proveer a la sociedad y a la familia de los mecanismos necesarios para que los menores no carezcan de los derechos que por ley les pertenecen, lo anterior teniendo en cuenta que la solidaridad siempre reclama “actividad”<sup>52</sup>, así demanda, actividad del estado, de la familia y la sociedad guiada a satisfacer y garantizar los derechos de los menores en forma integral.

En tanto, el Estado Social exige las conexiones entre derechos sociales, obligaciones positivas, deberes y solidaridad<sup>53</sup> y por ello, para evitar el ejercicio sin límite de la libertad nace el valor solidaridad que cumple un papel determinante para entender el derecho como alteridad, es decir, una relación entre sujetos, y esto conlleva a entender el principio de solidaridad que sólo fue desarrollado en nuestra actual Constitución, no anteriormente.

Es preciso indicar que, “No hay duda que si las posiciones de garante tienen como función la protección de bienes jurídicos a través de mandatos de salvamento y de tener enervados los peligros sociales dentro del margen del deber objetivo de cuidado, tal idea central tiene respaldo en la teoría del estado social y en la visión que ofrecen los derechos fundamentales en tal modelo de organización política”<sup>54</sup>. Entonces es de vital importancia el hecho de haberse plasmado en nuestra Carta Política el Estado Social, ya que de allí viene a adquirir importancia determinante el principio de solidaridad social y, de contera, las posiciones de garantía. Puede apreciarse cómo la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado junto a su correlativa responsabilidad en garantía, ya venía gestándose desde la

---

<sup>51</sup> SÁNCHEZ, Luis Prieto. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Debate. 1990. p. 136.

<sup>52</sup> AFTALION, Enrique GARCIA OLANO Fernando y VILANOVA, Jose. Introducción al Derecho. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y Ciencias Sociales. 1975. P. 972.

<sup>53</sup> CONTRERAS PELÁEZ, Francisco. Derechos Sociales. Teoría e Ideología, Madrid: Tecnos, 1994, P. 18, 27 y 28.

<sup>54</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. P.441.

Constitución y puede decirse que se materializó con la Ley de Infancia y Adolescencia.

Razones por las cuales en palabras de SILVA SÁNCHEZ, “no se puede ignorar las trascendencias que para la omisión como fenómeno político-criminal, tiene el tránsito del Estado Liberal al Estado social,”<sup>55</sup> por cierto que el mismo autor admitió la influencia del Estado Social en la intensificación de los deberes de solidaridad y sus repercusiones incluso penales.<sup>56</sup>

De esta forma, la posición de garante encuentra su fundamento en los deberes sociales que emanan del principio de solidaridad social<sup>57</sup> reconocido así por la doctrina (Gómez Pavajeau, Carlos, Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, Urbano Martínez, José; Forero Ramírez, Juan Carlos)<sup>58</sup>, también lo reconoció la exposición de motivos del proyecto de ley de código penal, así como el funcionalismo radical en cabeza de Günther Jakobs ha aceptado que las posiciones de garante que fundan la responsabilidad en el marco de la competencia institucional tienen soporte en el principio de solidaridad social. Seguidamente se puede decir que las responsabilidades de la familia, el estado y la sociedad al tener deberes determinados como garantes de los mismos también se soportan en el principio de solidaridad social entre otros fundamentos.

En cambio, la Carta Política de 1886 contemplaba de manera limitada el carácter intervencionista del estado y el concepto de deber jurídico plasmado en el artículo 21, inciso 2 del Código Penal de 1980, no era desarrollado, pero a partir de la Constitución de 1991, en su artículo 1 se declaró que Colombia es una República Social y Democrática de Derecho, constituyendo además la solidaridad social en elemento fundante del estado y de su normatividad jurídica.

En torno a los deberes sociales derivados del principio de solidaridad que se plasman en la Constitución puede atenderse que el artículo 1° de la actual Constitución se ubica en el título I “de los derechos fundamentales”, por lo que su contenido hace parte esencial de este texto; así mismo, el Artículo 95 “de los deberes sociales”, hace parte del capítulo 5 “ De los deberes y obligaciones”, que a su vez pertenece al título II sobre “los derechos, las Garantías y los deberes”; El numeral 2 del artículo 95 consagra como deber “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Se ve como el constituyente consiente de la importancia del valor de la solidaridad lo elevó a la categoría de

---

<sup>55</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. El delito de Omisión. Concepto y sistema, Barcelona: Bosh, 1986, p.4.

<sup>56</sup> Ibid p. 57.

<sup>57</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. p.442.

<sup>58</sup> GÓMEZ MENDEZ, Alfonso Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Penal, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 1998, pp. 22 y 23.

deber ciudadano en el numeral segundo del artículo 95 tal como se citó. Por su parte la Corte Constitucional aclaró que “este deber no está limitado solamente a la actuación frente a casos de catástrofes, accidentes o emergencias sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados” (Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992 M. P. Alejandro Martínez Caballero). Nuevamente aquí se liga la corresponsabilidad del Estado con la de la sociedad, es decir, el estado puede actuar en la medida en que la sociedad también lo hace coadyuvando en esta labor de protección al menor, de esta forma deben actuar simultáneamente en muchas ocasiones, pues el actuar de la una (Estado) depende de la contribución de la otra (sociedad) y viceversa.

En tanto para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, no es posible exigir el deber consagrado en el numeral 2 del artículo 95, al menos para efectos de constituir posición de garante por cuanto el mismo es un enunciado general y abstracto, pues existe además unanimidad de criterios sobre el carácter del tipo penal con sujeto activo determinado que ostentan los delitos de comisión por omisión, la aplicación de la disposición como se presenta violentaría tal principio. Este principio aunque no es inexacto, por motivos de proporcionalidad y razonabilidad para las posiciones de garante, su desarrollo legal y constitucional se hace demasiado exigente, de lo contrario nos colocaría a todas las personas y ciudadanos como garantes de todos nuestros semejantes.

Aquí afirmaríamos que definitivamente el Estado, la familia y la sociedad son garantes de los menores ya que son sujetos activos determinables. Por otro lado el beneficiario señalado sin duda es el menor, y la situación fáctica especial y los bienes jurídicos a proteger son precisamente los que se encarga de determinar la Ley de Infancia y Adolescencia, que les impuso cargas y responsabilidades a cada uno de ellos.

Sin embargo, puede surgir una objeción. Al ser garantes la familia, la sociedad y el Estado en general, nuevamente podría señalarse que todas las personas y ciudadanos seríamos garantes de todos los menores y, tal cosa iría en contra de la proporcionalidad al originar una expansión del derecho penal y se pasaría por alto el principio de mínima intervención penal, desdibujándose la figura de la comisión por omisión en donde este principio también debe prevalecer. Tampoco es conveniente someter a la totalidad de los ciudadanos y a quienes habitan en nuestro país a cargas exageradas y omnicomprensivas puesto que cómo lo dice acertadamente Gómez Pavajeau, “Nadie tendría tranquilidad al sentirse oprimido en todo momento y lugar con la idea de que pueda en cualquier oportunidad surgir una situación que lo coloque en posición de garante, lo cual por exceso en la regulación produciría un quebrantamiento manifiesto en la seguridad jurídica. Los

efectos sobre la organización y planeación de la vida serían devastadores,”<sup>59</sup> de igual modo LEON DUGUIT pensó que la idea de una posición de garante generalizada e indiscriminada es contraria a los principios mismos de la solidaridad social, puesto que ello comportaría la idea equivocada de que el fenómeno se rige por una igualdad matemática de los hombres.

Justamente, el Estado social no busca anular las libertades de esta forma, lo que hace es introducirle límites como exigencia de comportamientos activos, en el marco siempre de lo excepcional, esto por la concepción personalista que consagra la Carta Política pues de lo contrario se entraría en un transpersonalismo incompatible con sus preceptos. Por ello, sólo competen al derecho penal situaciones especiales al omitir las mismas consecuencias de una acción positiva.

Para entender este punto es preciso resaltar el aporte de Gómez Pavajeau en el sentido de afirmar, “Es cierto que la solidaridad adviene como la asunción de los intereses de los demás como propios. Empero cuando surge la técnica de la actuación positiva, impera un cambio de significado del límite, ya no es el individuo ante y hacia el estado y otros particulares, en consecuencia una limitación de la actuación, sino del estado y la sociedad ante y hacia el individuo, por tanto una actuación delimitada.”<sup>60</sup> Es importante ver como es en últimas el Estado quien, según esta afirmación y trayéndolo a la materia en investigación, tendría a su cargo las obligaciones y los deberes legales de actuar para proteger los menores (individuo), así se delimita la libertad de éste no del individuo, pues es finalmente al estado a quien se le exigen los comportamientos activos introduciendo ciertos límites, luego, es el Estado quien tiene principalmente la carga de actuar frente al menor.

Como se trata de actuaciones delimitadas, se imponen determinadas exigencias ante el reclamo de comportamientos activos, entonces, surge la obligación de actuar limitada, para que de esta forma pueda surgir una posición de garantía en este momento respecto de la familia, el estado y la sociedad, por lo que también son puntos que deben analizarse en una situación concreta para determinar la existencia de responsabilidad en garantía, tal como lo describe Gómez Pavajeau (Pág. 445):

- a- La determinación de una actuación o exigencias de una determinada actuación; es decir, que se trate de la obligación de protección de un bien jurídico en concreto o de la vigilancia de una fuente de peligro,*
- b. Que no resulte imposible el cumplimiento de la obligación, lo cual es reflejo del principio de conducta (art 9) el que por demás introduce el*

---

<sup>59</sup> CANCINO Antonio José. Compilador. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. P. 443 y 444.

<sup>60</sup> Ibid. Pág.444.

*requerimiento de controlabilidad del suceso y por lo mismo la capacidad de interferir el curso causal que amenaza a los bienes jurídicos, se debe tener en cuenta la dominabilidad del suceso.*

*c- obligación de hacerlo bajo determinados parámetros, implica un desarrollo descriptivo de las exigencias de tiempo, modo y lugar, así como la concreción de las especiales relaciones y situaciones que dan origen a la obligación de actuar*

*d- delimitación de los intereses asumidos.<sup>61</sup>*

Es necesario tener en cuenta esta delimitación al preguntarnos cuando el Estado, la familia y la sociedad son garantes en determinada situación de los menores, remitiéndonos a las normas constitucionales ya citadas e ineludiblemente a la ley de infancia y adolescencia para analizar las cargas que a cada uno se le imponen.

Surge de esto que otra de las formas de delimitar esta serie de obligaciones en el estado social, es que por su naturaleza social, en materia de cargas públicas, ya que se exige más de quienes pueden dar más y se beneficia en igual sentido a quienes más necesitan, sin duda al interior de la familia y la sociedad quienes más necesitan son los menores, por ello su especial protección exigida a la familia, Estado y sociedad. Pues el sentido de justicia está enmarcado en la frase “a cada quien según sus necesidades” y esto aplica tanto para el beneficiario como para el obligado a actuar.

Las normas sobre solidaridad social antes citadas, tienen rango constitucional por lo que se constituyen en deberes de la persona y del ciudadano tal como lo describe el artículo 95 en su inciso 3; y al ser estos deberes del ciudadano son los deberes de los cuales la sociedad entera es responsable también y con mayor razón de los menores, es decir de su vida y su salud, por lo que la sociedad en desarrollo de este principio de solidaridad es garante de los menores.

Igualmente, el artículo 6 de nuestra Constitución Política como uno de los principios fundamentales señala que los particulares son responsables de infringir la Constitución y las leyes. Así mismo los servidores públicos y agrega que también lo son por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Entonces la sociedad y sus miembros en general como corresponsables y como garantes de los menores al no cumplir o contrariar sus obligaciones plasmadas en la Constitución y actualmente en la Ley de Infancia y adolescencia, son responsables por infringirlas. Igualmente los servidores públicos por medio de quienes el Estado actúa son responsables cuando dentro de sus funciones ya sea por acción, omisión o extralimitación llegan a vulnerar derechos de los menores más aún cuando pertenecen a las entidades especializadas para menores.

---

<sup>61</sup> ROIG, Rafael de Asis. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Madrid: Debate, 1992. P. 89, 93, 130 y 131.

En el marco del estado social de derecho no cabe duda de las nuevas obligaciones de la persona y el ciudadano, pues el inciso 1 de artículo 95 señala que el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades, las cuales, al encontrarse en el capítulo de los deberes y obligaciones constitucionales son cargas públicas derivadas del principio de solidaridad social enunciadas en el artículo 95 y en otras disposiciones de la misma.

En este contexto es importante precisar que la solidaridad social moderna no está condicionada como en otras épocas a la pertenencia del obligado y beneficiado a un mismo grupo social, ya que esto sería contrario al principio del pluralismo y la diversidad (preámbulo y artículo 2 de la Carta Política) (*Sentencia C- 542 de 1993, en este sentido la Corte Constitucional dice “ la solidaridad nos obliga con igual fuerza aún a favor de extraños, con quienes sólo se comparte la pertenencia a la raza humana”*).

Justamente la Corte Constitucional señaló, “el hombre como ser social se ve abocado a la vida en comunidad. Esta implica la interacción entre los miembros que la conforman; esta interacción cuando esta enmarcada en el contexto de un estado social como el nuestro conlleva al ejercicio de la solidaridad”<sup>62</sup>

También el inciso 2 del artículo 95 reitera dentro de los llamados deberes constitucionales, “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes”; igualmente el inciso 2 del artículo 2 que pertenece a los principios fundamentales del estado señala como fin esencial de este garantizar la efectividad de los deberes consagrados en la Constitución y prescribe en su inciso 2 que las autoridades están instituidas para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del estado y de los particulares; y en este punto Gómez Pavajeau (Pág. 437) concluyó, “Si el incumplimiento de los deberes y obligaciones constitucionales implica una reacción global y general del estado, en orden a su efectividad, de manera particular y peculiar tal reacción se enfatiza cuando se trata del aseguramiento de los deberes sociales tanto del Estado como de los particulares. Pues bien, si los deberes y obligaciones constitucionales implican responsabilidad, puesto que su incumplimiento comporta infracción de la carta Política y la ley a lo cual sigue una reacción institucionalizada, no existe la más mínima duda de ninguna clase para afirmar que los deberes sociales tienen naturaleza jurídica.”<sup>63</sup> Y toca aquí el autor varios puntos a resaltar: el Estado es responsable de la efectividad de los deberes que por solidaridad social se desprenden, por tanto debe velar por que la sociedad y sus miembros acaten la Constitución y la ley en este sentido, configurándose en otra de sus

---

<sup>62</sup> MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992.

<sup>63</sup> CANCINO, Antonio José. Compilador. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano. Pág.437.

responsabilidades, más aún en el tema de menores de donde se desprende su corresponsabilidad junto con la sociedad, entonces aquí deben actuar simultáneamente la sociedad y el estado para dar cumplimiento a los deberes sociales que surgen debido a su posición de garantía para con los mismos. Adicionalmente, es el Estado quien tiene el deber de vigilancia por lo que es responsable de la efectividad de sus deberes, los de la sociedad y la familia. Además, se habla ya del principio de legalidad, es decir, estos deberes que configurarían la responsabilidad en garantía deben estar plasmados legal o constitucionalmente.

Se precisa que del principio de solidaridad definitivamente surgen obligaciones, así se determina que una de las responsabilidades de la sociedad para con los menores vendría a ser el hecho de denunciar o de evitar la vulneración de los derechos de los niños cuando se encuentra la situación de hacerlo, es decir cuando tiene conocimiento de los hechos que dan lugar a la violación, además de cada uno de sus miembros de la sociedad y por ende del grupo familiar estarían constitucionalmente obligados a actuar de cierta forma cuando se configura su posición de garante con los menores; con mayor razón cuando sus derechos son prevalentes sobre los de los demás integrantes del grupo social.

Por conclusión, la condición de ambigüedad aparente de las obligaciones se supera mediante la concreción que deviene del tipo de prestación que debe satisfacerse, luego existen los presupuestos de imputación sobre la base de la posición de garantía para derivar responsabilidad penal por omisión, en los eventos de desconocimiento de las obligaciones derivadas del principio de corresponsabilidad contra el Estado, efectiva en los funcionarios encargados del cumplimiento de las mismas.

#### **4.7 EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A LA RESPONSABILIDAD EN GARANTÍA**

El artículo 4 de la Constitución dispone que es norma de normas y que es deber de los Colombianos y extranjeros en Colombia acatarla así como a las leyes. De esta forma se puede decir que los deberes sociales plasmados en la Constitución deben ser acatados por la sociedad Colombiana, sin embargo este es un mandato general y aunque implícitamente al cobijar a todos los ciudadanos, involucra también a los menores, era necesario especificar estos mandatos en materia de menores, lo que se logró con la expedición de la ley de infancia y adolescencia que desarrolla estos deberes de solidaridad y la correlativa corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el estado como garantes, por lo que son ineludibles estos deberes jurídicos plasmados constitucional y legalmente.

Así las cosas, vemos cómo el principio de legalidad y las posiciones de garantía han suscitado muchas posturas a lo largo del tiempo, pero en Colombia realmente sólo a partir de un trabajo presentado por la Procuraduría se ha tratado el tema,

así el ex Procurador General Jaime Bernal Cuellar y el ex Viceprocurador Eduardo Montealegre Lynnet, afirmaron que no debían regularse legalmente el tema de las posiciones de garantía por cuanto las funciones sociales que cumpla el sujeto en sociedad son exigibles sin necesidad de desarrollo normativo<sup>64</sup> Montealegre Lynnet afirma en este sentido que “el origen de las posiciones de garante en la estructura de la sociedad”<sup>65</sup>.

Al respecto Jakobs precisa (Perdomo, 2003) que las funciones sociales “deben surgir directamente de las necesidades de la sociedad”<sup>66</sup>, lo que supone que el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad<sup>67</sup>.

Justamente Perdomo sostiene que los últimos intentos dogmáticos “se han orientado hacia la utilización de criterios de sociología del derecho, dándole así al concepto de deber jurídico una connotación social importante, pues este se busca ahora en las posiciones reales existentes en una determinada sociedad, y no directamente en el derecho positivo”<sup>68 69</sup>.

Por lo anterior debe permitirse “que el derecho posea una capacidad de actualización, al mismo tiempo lo libere del dogma de la ley sobre el que se estructuró el positivismo jurídico”, por tanto, ni la omisión de una descripción taxativa, ni la inexistencia de un artículo que regule la materia deben ser consideradas como una violación del principio de legalidad.

En cuanto al principio de legalidad la jurisprudencia colombiana en materia penal ha sido clara al manifestar y exigir que las posiciones de garante se rigen por este principio (*Sentencia de casación del 4 de abril de 2003, rad. 12742, M. P.: ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN Se pronuncia sobre el deber de solidaridad entre personas, consagrado en el artículo 1 de la carta política, y se concreta en la imposición del deber de actuar en salvamento de los bienes jurídicos, vida e integridad personal de que habla el numeral 2 del artículo 95 del Código Penal “Esta disposición fundante, sin embargo, no conforma posición de garante, primero por que es un enunciado general y abstracto; segundo por cuanto este postulado quiere resaltar, como exigencia del Estado Social, la preeminencia como anhelo de la comunidad, del altruismo, sobre el individualismo que caracteriza el estado liberal escueto; Tercero por que como es sabido la posición*

---

<sup>64</sup> PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. La Reforma al Sistema Penal, Bogotá, 1999. Pág. 41.

<sup>65</sup> MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. En: El Funcionalismo en Derecho Penal, p. 31.

<sup>66</sup> PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “Dos cuestiones actuales del delito de omisión” en el Funcionalismo en derecho penal, Bogotá: Universidad Externado De Colombia. 2003. P. 256 y 257.

<sup>67</sup> Ibidl, p. 31.

<sup>68</sup> Ibid. pp. 18, 20, 246, 430.

<sup>69</sup> Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU CARLOS ARTURO. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano., p.430.

*de garante sólo se puede predicar de situaciones concretas, específicas en la ley, jamás en la ley moral o social; y cuarto por que como es obvio, ese deber se torna imperativo , con fuerza y capacidad coercitiva sólo cando la ley-en cumplimiento y desarrollo de la constitución-lo establece. Expresado en breve síntesis: La Constitución plasma el principio de solidaridad social y a la ley le compete en cada caso fijar el contenido y alcance de esos deberes. Mientras tanto en la Ley Penal, o en aquella que la complementa, no existe para el ciudadano raso la obligación de impedir que una persona quite la vida a otra). Sobre esta base para la regulación de la posición de garante consagrada en el artículo 25 de la ley 599 de 2000 se debe tener en cuenta en palabras del Dr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU.:*

- 1. La ley moral y la ley social no son aptas para fundar posiciones de garante.*
- 2. La Posición de garante no puede fundarse en un enunciado general y abstracto, sino en situaciones concretas fijadas por la ley.*
- 3. La solidaridad social como exigencia del estado social, es un anhelo de altruismo que busca superar el egoísmo e individualismo del estado liberal.*
- 4. El principio de solidaridad social contemplado en la Constitución necesita concretarse en la ley penal, fijando el alcance de los deberes, para adquirir naturaleza imperativa con fuerza y carácter coercitivo.*

No se debe olvidar que con el Código Penal de 1980 (inciso 2, artículo 21) la determinación de las posiciones de garante, correspondía al juez, al encontrarnos frente a los tipos penales abiertos como técnica legislativa, es decir, aquellos donde la descripción de los elementos de la prohibición no se hace en forma exhaustiva, sino que sólo en parte el legislador los enuncia y corresponde al juez complementarlos. Entonces, el inciso segundo del artículo 21 incorporaba el deber jurídico, entendido como un elemento normativo del tipo, exigiendo del juez especial valoración al ser quien determinaba cuándo una persona se encontraba en la obligación jurídica de impedir un resultado, y como el artículo 1° del código consagraba el principio de legalidad, se entiende que las posiciones de garante indudablemente debían tener fundamento directa o indirectamente en la Constitución y en la Ley. Así, los deberes tenían carácter jurídico, al ser de la ley de donde se constataban las posiciones de garante finalmente.

En aquella época no se suscitaban problemas pues tanto la Constitución de 1886 como el código penal que regían, eran de corte liberal, pero al contraponer el Código Penal en su artículo 21 frente a la Constitución de 1991 en su artículo 95 numeral 2, surgían inconvenientes ya que existía una generalización indiscriminada de las posiciones de garante, es por esto, que la ley 599 de 2000 reguló esta materia expresamente, señalando que las posiciones de garante

emanan de la Constitución y de la Ley (artículo 25), y allí mismo trata de cumplir con el mandato del inciso 2 del artículo 10, que impuso como un principio rector la necesidad que el deber jurídico se encuentre delimitado en la Carta Política o en la Ley en sentido material (decretos etc). Significando lo anterior que la fórmula a partir de la cual se construyen los delitos de comisión por omisión, aunque es abierta, no es constitutiva de un elemento normativo del tipo, sino que origina un tipo penal en blanco cuya norma de reenvío tiene que ser de carácter legal o constitucional, esto también bajo la influencia de el estado social que utiliza los tipos en blanco para dar respuestas efectivas a la movilidad de las relaciones sociales.

Con esto, y según lo establecido por *CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU*, “se cumple así con el principio rector según el cual lo único que puede deferir la ley son aquellos asuntos no constitutivos de elementos básico-estructurales de la tipicidad (inciso 1 artículo 10), teniendo tal característica la posición de garante, pues la obligación de salvamento de un bien jurídico ajeno o la vigilancia de una fuente de peligro se constituye en el núcleo fundamental del objeto de prohibición de los delitos de comisión por omisión”.

#### **4.8 LA OMISIÓN PROPIA E IMPROPIA**

La omisión propia es la consagrada expresamente por el propio tipo penal como la omisión de socorro (Artículo 130 del Nuevo Estatuto Penal), la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (artículo 152), la omisión de denuncia (Artículo 441) en los cuales puede incurrir cualquier miembro de la sociedad al existir un rol general pero que tendría que ser más relevante la responsabilidad cuando se trata de salvaguardar los derechos de los menores, y cuando es la familia, la sociedad y el Estado quienes como garantes tienen deberes con respecto a ellos, pues en este caso la legislación nacional e internacional protegen los niños de manera especial, guiados por el principio del interés superior del niño y de la prevalencia de sus derechos sobre los demás. Igualmente, el delito de prevaricato por omisión consagrado en el Artículo 414 del Nuevo Código Penal en el que podrían incurrir los funcionarios de las entidades Estatales que tienen a su cargo funciones de protección, garantía etc., de los derechos de los menores y omiten actuar conforme a estos deberes.

Mientras que la omisión impropia o la comisión por omisión<sup>70</sup>. *En la Doctrina se ha estudiado y estructurado la acción de comisión por omisión. A los delitos cometidos de esta manera se les llama también delitos impropios de omisión a diferencia de los delitos de simple omisión, en este caso la represión penal encuentra su fundamento en la realización de un resultado socialmente dañino y no, solamente en la omisión de la acción ordenada por la ley. El autor infringe una*

---

<sup>70</sup> HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. ED. DILT. 2 ED. Lima. 1987.

*norma preceptiva y da origen por este hecho a un resultado prohibido. Es el caso de un padre que observa como su hijo por jugar cae a un estanque lleno de agua y sabiendo que corre el peligro de ahogarse no le presta auxilio. Si el niño muere el padre puede ser considerado como el autor de un homicidio intencional culposo (conforme a las circunstancias). Se da igualmente como ejemplo de esta acción el caso de la madre que deja morir de hambre a su hijo recién nacido. En buena cuanta casi todos los delitos pueden ser ejecutados por comisión como por omisión. En la doctrina se ha estructurado la acción de comisión por omisión. A los delitos cometidos de esta manera, se les llama también delitos impropios de omisión. A diferencia de los delitos impropios de omisión, en este caso la represión penal encuentra su fundamento en la realización de un resultado socialmente dañino y no solamente en la omisión de la acción ordenada por la ley) también conocida se presenta cuando el tipo penal de resultado no hace referencia expresa a la conducta omisiva, sino que sea necesario acudir a una norma del código penal (cláusula general Artículo 25) para formar el tipo penal correspondiente. “A esta cláusula general del tipo también se le conoce como un tercer dispositivo amplificador del tipo al lado de la tentativa y la participación”<sup>71</sup>. Así<sup>72</sup>, ) habla de la omisión impropia, por no aparecer consagrada de manera explícita en el texto legal aunque se deducen de los textos comisivos, quien también cita el ejemplo de la madre que deja morir su hijo de hambre.*

Para Jesús María Silva Sánchez<sup>73</sup> no es posible hablar de tipificaciones no expresadas, sin embargo la distinción entre omisión propia e impropia se dará a partir del grado de determinación o concreción de la conducta, pues como lo afirma Juan Carlos Forero, “no queda la menor duda de que en los delitos de omisión propia la conducta se encuentra más determinada que en los impropios y es allí donde debe buscarse el criterio de distinción”<sup>74</sup>.

Adicionalmente, fuera de este criterio de distinción (consagración expresa) surgen al interior de estos dos tipos de omisión otros también descritos por el mismo autor. Entonces, se encuentra un segundo criterio de distinción cual es el de “Los tipos penales de omisión propia son de mera conducta” ya que el tipo penal de omisión de socorro por ejemplo no requiere un resultado separado en el espacio y en el tiempo de la conducta, en cambio el homicidio que puede darse en la omisión impropia es un tipo penal de resultado, pues la conducta omisiva sí está separada en el tiempo y en el espacio del resultado.

---

<sup>71</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Ediciones rosaritas. Legis Editores S.A. 2002. P. 29.

<sup>72</sup>VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Derecho Penal. Parte General.. Bogotá: Tercera Edición Temis S.A., Pág. 402.

<sup>73</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El delito de Omisión Concepto y Sistema. Barcelona: Bosh. 1936. P. 323.

<sup>74</sup> Ibid. P. 29.

El tercer criterio es “Los tipos penales de omisión propia por regla general no admiten tentativa”, así se determina que en la omisión impropia sí existe la modalidad tentada (tentativa de homicidio en comisión por omisión), esto es, siempre y cuando sea doloso.

Otro criterio se encuentra desde el punto de vista subjetivo, debido a que en nuestra legislación los tipos penales de omisión propia no admiten la modalidad culposa al contrario de lo que sucede con la comisión por omisión en donde sí se ha admitido tal modalidad, entonces es posible un homicidio culposo por omisión pero nunca una omisión de socorro culposa.

El quinto criterio se toma desde el punto de vista de sujeto activo, pues el tipo penal de omisión impropia tiene siempre un sujeto activo cualificado que se denomina GARANTE, mientras que en la omisión propia el sujeto activo puede ser indeterminado (omisión de socorro) o cualificado (prevaricato por omisión).

Y el último criterio que se derivaría es con respecto a la importancia de la teoría de la imputación objetiva, ya que adquiere mayor relevancia en la omisión impropia (que requiere resultado), que en la propia que no requiere resultado por ser un tipo penal de mera conducta. En este punto Juan Carlos Forero (Pág. 31) precisa que ello no obsta para que existan tipos penales de mera conducta agravados por el resultado, como ocurre entre nosotros con el abandono de menores y personas desvalidas.

## **4.9 OMISIÓN IMPROPIA O COMISIÓN POR OMISIÓN Y LA RESPONSABILIDAD EN GARANTÍA**

### **4.9.1 Sujeto activo del delito de omisión impropia**

Como el sujeto activo de un delito de comisión por omisión es especial o cualificado, ya que sólo puede serlo el denominado garante, para el caso en estudio serían los representantes del Estado, los miembros de la familia y la sociedad respectivamente.

Por garante se entiende, “aquel sujeto que tiene el deber jurídico (no moral) de vigilar y garantizar la indemnidad de uno o varios bienes jurídicos pertenecientes a determinadas personas que se hallan previamente individualizados. La incolumidad de tales bienes jurídicos exige protección y vigilancia, con límites temporales y espaciales. Para tal fin, además del deber genérico de abstenerse de iniciar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos a su cuidado, debe evitar que un proceso causal en curso también los produzca, y por ello deberá anular o desviar esos cursos causales, de lo

contrario se le imputará el resultado cómo si el mismo lo hubiera causado, o responderá de una omisión pura agravada por el resultado”<sup>75</sup>.

Son muchos los aspectos que pueden extraerse de este concepto: primero que definitivamente el Estado, la familia y la sociedad tienen el deber jurídico de garantizar los derechos de los menores y de proteger sus bienes jurídicos, por expreso mandato de la Ley de Infancia y Adolescencia.

Segundo, los límites de sus responsabilidades y deberes se encuentran taxativamente descritos en los artículos 39, 40 y 41, además de resaltar que para determinar estos límites debe tenerse en cuenta que la corresponsabilidad del Estado es mayor, y en últimas resulta ser el principal responsable de su protección y de brindar mecanismos necesarios para que la familia y la sociedad concurren hacia el mismo fin de garantía. Igualmente, es el Estado el que cierra y permanece a lo largo de todo el ciclo de corresponsabilidad, esto debido a su deber de vigilancia y a que debe actuar cuando la familia y la sociedad no tuvieron la posibilidad y capacidad de hacerlo. Por tanto, la protección y vigilancia de los bienes jurídicos de los menores tiene ciertos límites, aclarando que es en el Estado en que recae el deber de vigilancia de la real efectividad y garantía de sus derechos.

Tercero, el Estado como garante debe abstenerse de poner en peligro o amenazar los bienes jurídicos de los menores, así como debe evitar que otros lo causen, obviamente con la constante y conjunta colaboración de la familia y la sociedad, de allí el nombre de “co” responsabilidad; por ello el Estado debe estar vigilante de la eficacia del ejercicio de sus derechos, para así poder evitar cualquier daño a los mismos, de lo contrario deberá responder como si el mismo los causara y es por esta razón que en sus manos se encuentra también la obligación de restablecimiento de los derechos de los menores.

No se es garante en abstracto sino en una situación concreta y lleva implícita en sí misma una situación material que exige frente al caso concreto una especial relación de dependencia entre garantido y garante y una situación de riesgo para los bienes jurídicos de aquel. Así, se puede decir que la relación de dependencia entre el menor y el Estado existe, al igual que éste por su vigilancia puede ver en que momento el menor sus derechos se encuentran en riesgo y entonces debe actuar, en consecuencia no ha de olvidarse que es otra de las razones para que exista “co” responsabilidad, pues hoy con la protección integral que le corresponde garantizar al Estado, la familia y la sociedad se convierten en garantes de forma permanente, no como anteriormente ocurría con la teoría de la situación irregular en donde sólo entraba a actuar en situaciones específicas de riesgo, ahora la protección es en todo momento y situación.

---

<sup>75</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Ediciones Rosaritas. Legis Editores S.A. 2002. P. 55.

#### 4.9.2 Determinación de la posición de garante

Son dos las clases de garantes que existen, unos que responden del resultado lesivo de un bien jurídico, como si ellos mismos lo hubiesen causado, y otros que responden de una omisión propia o pura (generalmente de socorro) agravada por el resultado (omisiones puras de garante). Se debe tener en cuenta que en nuestra legislación no se contempla la omisión de socorro agravada.

Para ello es necesario acudir a criterios materiales de delimitación, como lo advierte la sentencia SU-1184 de 2001 proferida por la Corte Constitucional, pues no es garante de todo lo que en cualquier momento le suceda al bien garantido, sino que debe mirarse en cada caso concreto dependiendo del contenido del deber jurídico, cuál es el alcance de tales funciones de protección y vigilancia. Así, según lo señala la cláusula de equivalencia consagrada en el artículo 25 del Nuevo Código Penal, el garante que no cumple con su deber responde como si hubiese causado el resultado (En los delitos de comisión por omisión el resultado producido pertenece al tipo objetivo, por ello son delitos de resultado<sup>76</sup>. Por lo tanto, el Estado como garante tendría que responder como si hubiese causado el resultado, pero como también son garantes la familia y la sociedad, ¿responderían también por el resultado? Y la respuesta se condiciona a la situación concreta ya que aunque cada uno de ellos son garantes de los menores y de su protección integral conjuntamente, no podrían responder todos al tiempo por los mismos hechos, se tendría que evaluar la situación específica de violación, precisar en esa situación concreta quién era el directo responsable y por tanto garante de esos bienes jurídicos violados en particular, esto según los deberes descritos para cada uno en Ley de Infancia y Adolescencia y los principios para delimitar estos deberes.

Por lo anterior, puede afirmarse que si un niño muere a causa de falta de atención en salud, la responsabilidad es del Estado por ser garante y tener el deber de proporcionarle este servicio, pero si muere por que es la madre o sus familiares quienes omitieron llevarlo al médico cuando requería con urgencia tal servicio, el responsable será la familia.

---

<sup>76</sup> Ibid p. 62.

## **5. FUENTES DE LA POSICIÓN DE GARANTÍA**

Para saber en una situación concreta si un sujeto es garante o no se debe acudir a las fuentes de esta posición, para ello existen teorías que desarrollan el tema.

### **5.1 TEORÍA FORMAL DEL DEBER JURÍDICO**

Es una teoría causalista que se apoya en el origen formal de los bienes jurídicos y equipara la omisión a la acción si se comprueba:

a) La existencia de un deber jurídico de actuar como la ley, el contrato o el hecho precedente, siendo estas las fuentes formales del deber jurídico.

#### **5.1.1 Ley**

Leyes, decretos o reglamentos extrapenales, ya que si el deber estuviera consagrado directamente en la ley penal estaríamos frente a una omisión propia y no frente a una comisión por omisión. Es insuficiente esta fuente por que si bien en muchos países se consagra el deber de auxilio entre esposos como consecuencia de los efectos civiles del matrimonio, sin embargo, el criterio formal de la ley no da cabida a relaciones sin vínculo matrimonial.

Es importante la descripción de esta fuente ya que si nos guiáramos por las teorías formales del deber jurídico para determinar la posición de garante, es aquí donde se ubicaría la corresponsabilidad del Estado, al surgir sus deberes jurídicos directamente de la ley de Infancia y adolescencia, una ley extrapenal, que por tanto, el incumplimiento de las obligaciones allí descritas para el estado acarrearía una comisión por omisión en principio.

En cualquier caso el Estado es garante de los menores, su fuente de garantía es la ley de Infancia y Adolescencia, al ser norma extra penal respondería por comisión por omisión. Igualmente podría responder por una omisión propia en los tipos penales que expresamente la ley penal determina (prevaricato por omisión, omisión de denuncia de servidor público etc.) y esto lo haría por medio de sus funcionarios o representantes legales. Similar situación ocurre con la familia y la sociedad quienes son garantes, cuya fuente de garantía es la Ley de Infancia y Adolescencia (omisión impropia), y responderían por omisión propia también en los tipos de omisión de socorro, omisión de denuncia etc, aunque debería ser en una forma más significativa y severa al ser garantes de los menores y al estar amparados por los principios de prevalencia e interés superior del niño, lo que los coloca en un nivel de privilegiado al interior de la sociedad y de la misma familia.

### 5.1.2 Contrato

Conforme a esta teoría, refiere la doctrina que la *niñera* que ha sido contratada por los padres de un menor de edad es garante de la indemnidad de la vida e integridad del menor, al igual que el salvavidas contratado por un centro para salvaguardar la integridad de los bañistas, más aún a los menores. Sin embargo, BUSTOS RAMÍREZ crítica esta fuente pues no puede fundamentar por ejemplo un deber de evitar un resultado entre una pareja de novios o entre tío y sobrino aún cuando vivieran bajo el mismo techo, pues no hay obligación entre ellos de carácter contractual ni legal (BUSTOS RAMÍREZ Juan y HORMAZABAL MALARREE. Lecciones de derecho Penal. Madrid. Edit Trotta. S. A. 1999. pp. 218-219)

### 5.1.3 La injerencia

Para Juan Carlos Forero se debe ubicar la conducta precedente o hecho precedente en la teoría material o funcional.

a) La causalidad hipotética.

## 5.2 TEORÍA MATERIAL O DE LAS FUNCIONES

Se analiza aquí la posición de garante en su sentido social de los diferentes deberes, es decir, centrándose en la relación material que existe entre una persona y determinados bienes jurídicos según lo que plantea KAUFMANN. De esta forma se dice que un sujeto es garante cuando el sujeto con un determinado bien jurídico puede ostentar **deberes de protección** de tal bien o **deberes de vigilancia** de determinadas fuentes de peligro que amenacen lesionar tales bienes. Se colige que el Estado, así como la sociedad y la familia, ostentan deberes de protección y vigilancia respecto de los menores, por lo que se constituyen en garantes y corresponsables de los mismos. Más aún el Estado al tener con respecto de los menores una mayor responsabilidad y al ser encargado de vigilar en todo momento la efectividad de sus derechos, y por ser en cabeza de quien está la responsabilidad de facilitar las herramientas necesarias para que la familia y la sociedad puedan cumplir también con sus deberes para con los mismos.

Así, no sólo se mira por ejemplo el vínculo matrimonial sino la **estrecha comunidad de vida**. Se da en la familia del menor, o entre quienes conviven con el sin necesidad de tener vínculos de consanguinidad por ejemplo.

En cuanto al contrato no se analiza su validez civil (puede ser incluso nulo) sino la validez material que se traduce en una **asunción voluntaria** (para Jakobs

asunción de dominio del riesgo) por parte del sujeto, es decir, el hecho que un sujeto **voluntariamente** asumió la posición de garante respecto de un determinado bien jurídico. Por ejemplo, si una persona (sociedad) se compromete a ayudar a un menor de edad a pasar la calle, el contrato podría no ser válido y sin embargo generaría posición de garante en quien se comprometió a tal labor. También es garante la persona (sociedad) que se encuentra en la calle un menor de edad extraviado y voluntariamente lo ayuda a buscar a sus padres, sólo podría deshacerse de su responsabilidad dejándolo a sus padres (familia) o a las autoridades competentes (Estado), quienes en adelante asumirían la posición de garantía, puesto que si nuevamente lo abandona responderá por el resultado.

En los **deberes de vigilancia de determinadas fuentes de** peligro se entiende que un sujeto tiene el deber de vigilar una fuente de riesgo para determinados bienes jurídicos. Esta fuente de riesgo puede existir previamente (animal peligroso, máquina riesgosa) en donde el garante es el dueño del animal o máquina siendo quien elige ponerlo en cierto lugar donde puede ocasionar daños, puede ser una persona o el mismo Estado; o puede haber sido creada por el sujeto a raíz de una conducta precedente (conducta positiva o negativa precedente, creadora de un peligro o amenaza para un bien jurídico), en estos casos el sujeto garante tendrá el deber de vigilar esta fuente de riesgo, so pena de responder por los resultados lesivos que se generan de su omisión<sup>77</sup>. Por lo tanto, se debe responder por la conducta de determinadas personas riesgosas o por los efectos de determinadas fuentes de riesgo. Tanto la familia, como algún miembro de la sociedad o el Estado mismo pueden crear riesgos de los cuales deben responder finalmente.

Por otro lado, y en lo que atañe a este tema, es necesario aclarar que para Juan Carlos Forero no existe contradicción alguna entre los artículo 10 (*LEY 599 DE 2000. ARTICULO 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

*En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley) y 25* pues el legislador ha optado por una tesis mixta que no lesiona el principio de legalidad: A continuación el citado artículo.

*ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la*

---

<sup>77</sup> Ibid p. 69

*vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.*

*Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:*

*1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*

*2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*

*3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*

*4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.*

*PARAGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.<sup>78</sup>*

La cláusula del artículo 25 soluciona las críticas en la medida en que fija las posiciones de garante desde un punto de vista material, y el artículo 10, como norma rectora, señala que en los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley, abogando por la teoría formal. Así, lo que exige el artículo 10 es que el deber esté consagrado y delimitado en la ley, y es el artículo 25 el que consagra y delimita tales deberes, y esto lo hace remitiéndose a fuentes materiales. Mientras que PERDOMO TORRES opina lo contrario, “es claro que lo dispuesto en el artículo 10, al ser norma rectora, prevalece en caso de incompatibilidad con la norma posterior”<sup>79</sup>. Pero en definitiva es más acertado entender que el artículo 25 no contradice la norma rectora sino que la desarrolla.

De igual forma FERNÁNDEZ CARRASQUILLA cree que al adoptarse una cláusula general de equivalencia (artículo 25), refiriendo el deber jurídico no hay violación al principio de legalidad y se admite los tipos de comisión por omisión, “la objeción de quebrantamiento del principio de legalidad se desvanece en códigos que, como el Colombiano, reglamenta expresamente la materia que mediante un tipo general “comisión por omisión”, es decir, un dispositivo amplificador de los tipos previstos en la parte general y con alcance regulativo para todos los tipos regulativos en que

---

<sup>78</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000.

<sup>79</sup> PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. El delito de Comisión por omisión en el Nuevo código Penal colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del derecho. Bogotá: 2001.

no esté tipificada una especial actividad como medio comisivo<sup>80</sup>. Según lo expuesto por el autor es posible inferir que el Estado, la familia y la sociedad como garantes si llegasen a ser responsables de comisión por omisión lo serían de cualquier delito de resultado previsto en el estatuto, realizado contra de un menor, teniendo en cuenta que el tipo de comisión por omisión es prácticamente un dispositivo amplificador del tipo.

### **5.3 FUENTES DE POSICIÓN DE GARANTÍA EN EL ACTUAL ESTATUTO PENAL**

En desarrollo del artículo 25 del actual estatuto penal que trata el tema indicando en qué casos existen deberes de garantía que convierten al sujeto en garante, se expone que las fuentes de las posiciones de garantía en nuestra legislación corresponden a los esquemas que se presentan a continuación.

Según parte del texto del mismo artículo *“se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”*. Esto muestra que se inclina por una postura mixta de los bienes jurídicos (formal, material). Así, es el Estado garante de los derechos y bienes jurídicos de los menores de su protección y vigilancia por mandato expreso de la Ley de Infancia y Adolescencia y de la misma Constitución, es decir, la fuente principal de posición de garantía de la familia, la sociedad y el Estado es esta norma, sin embargo no se pueden descartar otras fuentes que accesoriamente pueden llegar a constituir una posición de garantía para estos tres actores corresponsables de los menores.

#### **5.3.1 Asunción voluntaria**

*“Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio”* surgen entonces dos clases de asunción voluntaria a la luz del artículo:

a. Asunción voluntaria de protección real de una persona: Es una decisión unilateral, en el sentido de que existe una manifestación de voluntad de un sujeto de convertirse en garante de otro, por ejemplo el secuestrador con el secuestrado, el médico<sup>81</sup> *“el médico dependiendo de la situación en que se encuentre responderá por omisión de socorro (artículo 131 del Nuevo Código penal si se trata de un médico de algún organismo de socorro responderá por omisión de asistencia humanitaria (artículo 152 NCP) , pero en caso en que se presente una*

---

<sup>80</sup> FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal fundamental. Bogotá: Temis. 1989. Tomo II. P. 168 y 169

<sup>81</sup> FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Ediciones Rosaritas. Legis Editores S.A. 2002. P. 104

*asunción voluntaria responderá por homicidio por omisión en las modalidades dolosa o culposa”)* como garante; En los dos casos (secuestrador, médico) puede convertirse en garante un miembro de la *sociedad o la familia* con un menor de edad según las circunstancias, ya que serían garantes de la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, en este caso del menor.

b. Asunción voluntaria de vigilar una fuente de riesgo que opere dentro del propio ámbito de dominio: Esta fuente reemplazó a la denominada contrato siendo más amplia y se da cuando una persona asume voluntariamente controlar una fuente de riesgo, se debe tener en cuenta que la fuente de riesgo debe existir previamente, con ello se diferencia de la injerencia donde el sujeto garante crea la fuente de riesgo y allí posición de garante y deber de garante son coetáneos.

Entonces aquí las personas voluntariamente deciden controlar personas o bienes, tienen el deber jurídico de constante control y vigilancia, y por ello deben evitar que el riesgo que la fuente genera se convierta en lesión para los bienes jurídicos de terceros (menores). Aquí los ejemplos son: la niñera (sociedad), el salvavidas, el guía de excursión, la enfermera que cuida al paciente (niño), el que voluntariamente decide acompañar a un niño a pasar la calle. Así las cosas, son los miembros de la sociedad o de la misma familia quienes en principio serían garantes bajo esta figura(*si una persona (Sociedad) se compromete a ayudar a un menor de edad a pasar la calle, el contrato podría no ser válido y sin embargo generaría posición de garante en quien se comprometió a tal labor. También es garante un sujeto (sociedad) que se encuentra en la calle un menor de edad extraviado y voluntariamente lo ayuda a buscar a sus padres, sólo podría deshacerse de su responsabilidad dejándolo a sus padres (familia) o a las autoridades competentes (Estado) quienes en adelante asumirían la posición de garantía, puesto que si nuevamente lo abandona responderá por el resultado*).

### **5.3.1.1 La delegación**

Así como la posición de garante se puede asumir también se puede delegar, “Cuando los padres (familia) dejan a su hija menor con la niñera, ciertamente están delegando su posición de guardas y custodios sobre la menor; a su turno, la niñera se está convirtiendo en garante y aunque formalmente el turno de cuidar a la menor concluya a una hora determinada, no podrá dejar abandonada a su protegida hasta que no sea recibida por sus padres. Así, la posición de garante se extiende más allá de lo que señale un contrato, ya que esta delimitada por criterios materiales de asunción voluntaria” (Forero: Pág. 111)

### **5.3.1.2 Comunidad de vida**

Esto es, cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas, aquí entra a ser garante la familia y quienes en un momento dado convivan con el menor o

tengan cercanía, nuevamente reitero, sin necesidad de ningún vínculo específico por ejemplo de consanguinidad.

### **5.3.1.3 Comunidad de riesgo**

Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. Se debe tener en cuenta que en este caso si un menor emprende una actividad riesgosa con un grupo los responsables son sus familiares al tener el deber de cuidado y vigilancia de los niños o quienes sean garantes en ese momento, puede ser el Estado si alguna de sus entidades tiene a su cargo el menor, o algún miembro de la sociedad como por ejemplo la niñera, esto teniendo en cuenta que los menores no tienen la capacidad de discernir o entender entre una actividad riesgosa y otra. Así responde tanto quien le permitió al niño emprenderla como quienes la emprenden con él.

### **5.3.1.4 Injerencia**

Entendida como “la injerencia o el hecho precedente es la creación dolosa (*LEY 599 DE 2000. ARTICULO 22. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*) o culposa (*LEY 599 DE 2000. ARTICULO 23. CULPA. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*) de un riesgo injusto (típico, antijurídico) para un bien jurídico determinado, de la cual emerge una posición de garantía que obliga al creador del riesgo a evitar que el mismo se transforme en lesión o se incremente (Pág. 119). Ejemplo de injerencia dolosa es el secuestrador de un menor, adquiere por injerencia la posición de garante respecto del menor secuestrado en virtud de la conducta dolosa precedente. Aunque la modalidad culposa no es señalada expresamente por el artículo 25, sino que se limita a decir el “respectivo tipo penal”, abarcaría entonces el tipo doloso y culposo (infracción al deber de cuidado). Por otro lado no se puede hablar de injerencia fortuita pues el caso fortuito no es una conducta el sujeto, por lo que no lo convierte en garante. También existe la injerencia típica pero justificada y no se responde como garante cuando la conducta que crea el riesgo está permitida por el ordenamiento jurídico. En este caso el sujeto que se defendió (legítima defensa o estado de necesidad) máximo responderá por omisión de socorro.

El tema de la injerencia es desarrollado por Jakobs, así será más fácil entender esta fuente de posición de garantía al interior de la legislación penal Colombiana.

### **5.3.2 La injerencia para jakobs**

Es importante conocer la injerencia para Jakobs y aquí se debe tener en cuenta que para él existen dos tipos de roles el rol general y el especial, del rol general surgen básicamente dos clases de deberes:

#### **5.3.2.1 Deberes de aseguramiento**

Los sujetos tienen la libertad para configurar su mundo, es decir, su círculo socio fenomenológico, incluso haciendo uso de esa libertad se pueden poner en peligro bienes jurídicos de otros sujetos, es decir, a afectar círculos organizativos ajenos. Esta afectación de esferas ajenas puede ser permitida (riesgo permitido) o prohibida. Algunos riesgos son tolerados por la sociedad (riesgo permitido) y otros no (riesgo jurídicamente desaprobado o típicamente relevante). Entonces los deberes de aseguramiento implican garantizar o asegurar que en el contacto entre mi esfera organizativa y la de un tercero ajena, mantenga una configuración de mi mundo dentro del riesgo permitido, es decir, debo asegurar la no creación de riesgos jurídicamente desaprobados para los demás, lo que equivale a la evitación del peligro.

#### **5.3.2.2 Deberes de salvamento**

Existe un deber de actuar positivamente para salvar una organización ajena por haber creado un riesgo previamente para la misma. Ese riesgo creado por asunción o injerencia impone la necesidad de salvamento del bien por parte del sujeto que organizó defectuosamente su libertad al disponer de un riesgo para un círculo organizativo ajeno; eso es lo que ocurre en la injerencia la introducción de un riesgo desaprobado en una esfera organizativa ajena.

Finalmente, y en cuanto al párrafo del mismo artículo 25 del estatuto penal se aclara que cuando la fuente de la posición de garantía sea la asunción voluntaria, la estrecha comunidad de vida, la comunidad de riesgo o la injerencia, sólo podrán castigarse las conductas punibles taxativamente señaladas en el párrafo (conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, en este caso del menor). En cambio cuando la fuente de la posición de garante sea la ley puede referirse a bienes jurídicos distintos a los del párrafo.(Pág. 187 Juan Carlos Forero). Del mismo modo entonces se ampliaría la posición de garante para la familia, el Estado y la sociedad ya que pueden ostentar esta posición tanto por las cuatro situaciones descritas en el artículo 25 del estatuto, esto es por asunción voluntaria, la estrecha comunidad de vida, la comunidad de riesgo o la injerencia en donde sólo responderían por conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, en este caso del menor; pero a la vez, también pueden convertirse en garantes

porque la fuente de la posición venga directamente de la ley, y este también es el caso, pues la Ley de Infancia y adolescencia así lo determina, entonces aquí responderían por otros bienes jurídicos distintos.

#### **5.4 PRINCIPIOS PARA LA REGLAMENTACIÓN DE LA POSICIÓN EN GARANTÍA DEL ESTADO, LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD**

Para el desarrollo de las posiciones de garante debe tenerse en cuenta los siguientes puntos mencionados por GÓMEZ PAVAJEAU<sup>82</sup>

Se trata de establecer una actuación delimitada, lo que implica necesariamente que el sujeto obligado o a cargo del deber jurídico tiene que ser determinado, en este caso es la familia, la sociedad y el Estado el sujeto activo respectivamente, claro está dentro de estos se debe también poder determinar, es decir, el padre, la madre, el servidor público, el educador, el ciudadano de la sociedad que adquirió condición de garante por ciertas circunstancias, sus funciones o según los demás deberes que establece la Ley de Infancia y Adolescencia.

Para identificar el sujeto obligado podemos valernos de categorías propias del Estado Social:

-La categoría de solidaridad social designada “**solidaridad por similitud**”, se caracteriza por las personas que tienen necesidades comunes y las cuales pueden satisfacerse sólo por la vida en común. A esta categoría pertenecen entonces:

a. Las posiciones de garante que surgen de la **solidaridad atribuida a vínculos de sangre y civiles** entre las personas, esto es la familia, los padres, demás familiares y representantes legales de los menores; así, esta cohesión social tiene fundamento en las raíces estrechas y cercanas existentes en las relaciones familiares, toda vez que la familia es el núcleo básico de la sociedad.

b. Las posiciones de garante que surgen de la **estrecha comunidad de vida** y del emprendimiento de una **actividad riesgosa por varias personas**.

Se funda también en relaciones cercanas que brindan confianza mutua entre sus miembros, de las cuales se espera como mínimo que cada uno de sus miembros se ocupe de bienes jurídicos específicos. Aquí también pueden ubicarse los familiares del menor o quienes sin ser familiares conviven con el menor por diversas circunstancias. Puede ser tanto la familia, como algún miembro de la sociedad.

---

<sup>82</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano p. 448, 449, 450,451

Igualmente quienes emprenden una actividad riesgosa pues teniendo la probabilidad de ocurrencia de daños a bienes jurídicos importantes, lo mínimo exigido es la protección mutua ante el peligro, en este punto es más complicado interpretarlo en materia de menores ya que aunque un menor emprenda una actividad riesgosa con un grupo, en este caso los responsables son sus familiares o quienes tengan a cargo su cuidado directamente, pues el menor no tiene la capacidad de entendimiento frente a una actividad riesgosa. Puede ser la familia, la sociedad que emprenda una actividad peligrosa con el menor por ejemplo.

c. La que surge del **hacer peligroso previo** que origine riesgo para los bienes jurídicos de quienes se encuentran en su entorno, tiene el deber de solventar los peligros que amenacen bienes jurídicos ajenos; sobra decir que más grande es la responsabilidad cuando quienes se encuentran en su entorno son menores, pues aquí deben evitar originar riesgos y si lo hacen el cuidado debe ser mayor teniendo en cuenta que son bienes jurídicos prevalentes sobre los demás. Puede ser la familia, la sociedad o el Estado ya que cualquiera de ellos pueden ocasionar un peligro previo y por tanto se constituyen en garantes en estas situaciones.

- **Solidaridad por división de trabajo**; Las personas tienen necesidades diferentes y aptitudes diferentes, satisfaciendo sus necesidades por el intercambio de servicios recíprocos; además el sujeto beneficiario tiene que ser como mínimo determinable. En el caso son los menores los beneficiarios por lo que es determinable y se cumple también con esta condición

A esta categoría pertenecerían:

a. La posición de garante por la **asunción voluntaria** de la protección de un bien jurídico. Como todos no tenemos la capacidad de desenvolvernos en nuestros respectivos ámbitos laborales y profesionales y a la vez protegernos de los peligros externos o inherentes a cada uno, la división de trabajo impone la necesidad de que algunas personas se ocupen de la protección de los bienes jurídicos de otros, más aún cuando alguien se ocupa del cuidado de bienes jurídicos de menores. Pueden ser garantes la familia, la sociedad o el Estado según la situación.

b. La posición de garante por la **vigilancia de una fuente de peligro**. Quien introduce a la vida en comunidad una fuente de peligro para los bienes jurídicos ajenos, tiene el deber de solventar esos peligros ante los demás, ya sea por que se lucre o por simple capricho lo ocasionen. Esta fuente de peligro debe evitarse en lugares donde se encuentren menores, o se debe tener mayor cuidado y responsabilidad frente a la exposición de bienes jurídicos superiores. Planteadas así las cosas en este punto también puede responder la familia, la sociedad o el Estado, pues al prestar cualquier servicio o realizar cualquier operación que demanden sus funciones y constituya un peligro para la sociedad y especialmente

para los menores, debe responder y tomar todas las medidas necesarias para evitar daños que pueda ocasionar.

c. La posición de garante por **la vigilancia de terceros**. El cuidado de otros impone cierta especialidad en la labor de vigilancia que desborda la capacidad de cuidado propia de la solidaridad por similitud, aquí podemos encontrar las niñeras, los profesores o quienes cuidan los niños en las guarderías ya que se entiende por su labor que tienen una capacidad especial de vigilancia, puede extenderse a los educadores, médicos pediatras y a los mismos funcionarios del ICBF, que tengan bajo su cuidado menores por alguna circunstancia.

d. La posición de garante emanada de **la institucionalidad estatal como garante de los bienes jurídicos personalísimos de los ciudadanos**. Se evidencia claramente la posición de garante que tiene el Estado con la totalidad de la población, pero especialmente con los menores, y esto es, por que precisamente el Estado surge para el cuidado de los bienes jurídicos que tiene todo hombre por el sólo hecho de serlo, así desde el surgimiento de la organización política, sin importar si es de tipo liberal o social, surgió la necesidad de entregar a una organización institucionalizada la protección de los derechos naturales del hombre, siendo ello expresión de la división de trabajo, y aquí prácticamente el principio de solidaridad no cumple ningún papel pues aparece con el modelo de Estado Social e intervencionista. Del mismo modo se afirma entonces que el estado es garante y corresponsable de los menores por excelencia desde su nacimiento y por su naturaleza misma.

## 5.5 LA OMISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

En nuestro actual Estatuto Penal encontramos cuatro clases de omisión a saber, dentro de las cuales se debe tener en cuenta las fuentes de la posición en garantía ya expuestas y examinar cada caso concreto:

### 5.5.1 Delitos de omisión propia

En este grupo se encuentran tipos penales de mera conducta, en donde algunos requieren sujeto activo cualificado tales como la *omisión de socorro, el lavado de activos por omisión de control, la omisión de denuncia de particular y de servidor público, el prevaricato por omisión* etc.

Sobre la base de esta clase de delitos podría hablarse de omisión de socorro de cualquier miembro de la **sociedad** en general que omite socorrer a un menor pudiendo hacerlo, la misma familia y quienes integran el Estado; pero se debe tener en cuenta que al ser los familiares y el mismo Estado garantes, deben responder más severamente, además por ser menores (principio prevalencia e interés superior del niño) de los que se predica la posición en garantía. Como la

sociedad también es corresponsable con respecto de los menores según la Ley de Infancia y Adolescencia, también es garante, pero para ser más concreta y clara la regulación podríamos entender que sería garante cuando algún ciudadano se encuentre en la obligación específica de actuar, es decir cuando por ley le sea impuesto el deber de actuar en una situación en particular.

Entonces entraría en la *omisión de socorro* la sociedad en general, pero serían los primeros llamados quienes tienen un deber específico con los menores como por ejemplo los educadores, pero esta es una materia que también es objeto de reglamentación más aún tratándose de esta parte de la población de especial protección.

Los presupuestos de imputación en los eventos de omisión de denuncia adquieren particularidad cuando se trate de menores víctimas y, cuando quienes omitan denunciar alguna violación a estos sea garante de sus derechos, es decir la familia, el Estado y la sociedad, pero nuevamente aquí debe delimitarse y el reclamo recaería inicialmente respecto de quienes específicamente se consagran un deber legal. Sin duda la familia y el Estado responderían, se tendría que delimitar sobre qué miembros de la sociedad se hablaría de posiciones de garantía y en qué casos.

Adicionalmente, el Estado al ser el encargado de investigar los delitos y de velar por la protección de los menores, debe actuar de inmediato en caso de denuncia y por tanto debe investigarlos y sancionarlos según el caso, sería este el papel que desempeñaría en estos casos y por ello debe estar en constante vigilancia, por cierto que no operan las formas anticipadas de terminación del proceso cuando las víctimas son menores.

También responde por *prevaricato por omisión* el servidor público que al omitir algo que está dentro de sus funciones vulnera derechos de los menores o infrinje uno de sus deberes determinados por ley.

### **5.5.2 Delitos de Omisión Propia agravados por la producción de un resultado**

Aquí se encuentra el *abandono de menores* y las personas desvalidas, consagrado en el artículo 127 del Código Penal, este tipo penal sanciona con pena de prisión de dos a seis años al que abandone a un menor de doce años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo el deber legal de velar por ellos, es un tipo de mera conducta se agrava si se sigue para el abandonado alguna lesión personal, y en caso de producirse la muerte el aumento será de una tercera parte a la mitad. Sobre la base de este tipo de omisión vemos que existe una clara protección al menor, y que serían garantes en este caso quienes tienen el deber legal de velar por ellos, de esta forma este deber lo tendría en principio la **familia**. Debe tenerse en cuenta que con la Ley de Infancia y Adolescencia, el Estado y la sociedad también son garantes, tienen

deberes legales para con los menores; sin embargo, y a pesar de ello, este tipo penal de abandono se predica más de quienes tienen a cargo su cuidado que son directamente los familiares.

### 5.5.3 Omisiones puras de garante o de gravedad intermedia

Se fundamentan en la existencia de una base funcional específica, por lo que sólo pueden ser realizadas por un determinado círculo de sujetos que se caracterizan por ostentar una posición de responsabilidad especial, por lo mismo se trata de omisiones de mayor gravedad así sea en idénticas circunstancias que las generales. Por ello dentro de este grupo se encontraría la *omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria*, que al ser de mera conducta se consume con la sola negativa de prestar ayuda humanitaria estando obligado a hacerlo, el garante (obligado a prestar ayuda) es un miembro de la Cruz Roja quien no responderá por omisión de socorro simple sino una omisión pura de garante que es agravada. Dentro de este grupo podría hallarse cualquier delito por omisión que con ocasión de un menor cometa su **familia, la sociedad y el Estado** al ser garantes de los menores y por tanto responsables de los mismos, así responderían más gravemente ante una omisión por su misma calidad de garantes dada por ley.

### 5.5.4 La Omisión Impropia

Son delitos de resultado de la parte especial que hagan referencia a la vida e integridad personal, la libertad y formación sexuales, la libertad individual. Para Juan Carlos Forero “aunque a primera vista sea la intención del legislador limitar la omisión respecto de estos delitos los cuatro primeros numerales, creemos que ello no es así y que se puede hablar de comisión por omisión en otros delitos, cuando la fuente de la posición de garante sea exclusivamente la constitución o la ley”<sup>83</sup>. Por consiguiente la fuente de la posición de garante que se predica del Estado, la familia y la sociedad indudablemente vendría a ser la Ley de Infancia y Adolescencia, por lo que se puede hablar de delitos de comisión por omisión en cualquier tipo de la parte especial que algún miembro de la familia, el Estado o la sociedad cometa contra la vida e integridad personal, la libertad y formación sexuales, la libertad individual de un menor, teniendo en cuenta que la fuente de la posición de garante que ostentan es en definitiva la ley. Por lo mismo también se puede hablar de comisión por omisión en cualquier otro tipo penal de la parte especial (por que la fuente es la ley).

---

<sup>83</sup> FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS. (El delito de omisión en el nuevo código penal. Ediciones Rosaritas. Legis Editores S.A. 2002. P. 29.

## 5.6 DELITOS EN LOS QUE PODRÍA INCURRIR LA FAMILIA, LA SOCIEDAD Y EL “ESTADO” EN SU POSICIÓN DE GARANTES

El delito de **Omisión de Socorro** consagrado en el artículo 131 del nuevo estatuto punitivo sanciona con una pena de prisión la conducta de quien omitiere sin justa causa auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro.

Aquí el sujeto activo es no cualificado o indeterminado, estamos frente a una omisión propia que puede ser cometida por cualquier ciudadano (sociedad) y cuyo fundamento constitucional se encuentra plasmado en el artículo 95 de la Constitución Política, sin embargo existen sujetos que revisten calificación jurídica o sociocultural-servidores públicos, agentes de la fuerza pública, médicos, paramédicos, etc., sobre quienes pesan especiales deberes de auxilio, socorro y salvación; pero aún así ante particulares o personas del común es necesario indagar si existe concretamente el deber y su posibilidad de cumplimiento

El sujeto pasivo, que viene a ser el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal es la persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, que para estos efectos sería el menor.

Es de tener en cuenta, que este tipo no abarca al feto en la medida que el legislador lo quiso proteger expresamente por lo que tipificó un delito autónomo denominado lesiones fetales en los artículos 125 y 126 y, el delito claramente habla de “persona” específicamente.

La conducta consiste en no socorrer o no auxiliar a la persona cuya vida o salud se encontrará de grave peligro, además es un tipo penal de mera conducta por lo que no admite tentativa.

En cuanto al bien jurídico protegido se puede decir que para algunos es la solidaridad referida a la seguridad de otros bienes como la vida o la integridad, pero al limitarse a los casos en que la vida o la integridad estén en peligro son estos los bienes jurídicos que en definitiva se protegen, así, este delito se encuentra dentro de los delitos contra la vida y la integridad personal, sin embargo la solidaridad es el fundamento del tipo penal.

Por otro lado, la conducta es antijurídica cuando incrementa el peligro para la vida e integridad personal; en cuanto a la culpabilidad en este tipo se dará cuando el sujeto habiendo podido (siéndole exigible) cumplir la norma imperativa “socorrer” no lo hace.

De esta forma la omisión de socorro impone u obliga al ciudadano a actuar una vez que otro sujeto se encuentra lesionado o ha sido víctima de una lesión a su integridad personal e incluso antes de que ello ocurra.

En cuanto a la omisión en los **Delitos contra la libertad y Formación Sexual**, el nuevo código penal se ocupa expresamente en el parágrafo del artículo 25, el legislador decidió ser mucho más preciso en esta materia, ya que incluso en el artículo 212 define el acceso. Por el hecho de ser estos delitos de “propia mano” no se puede excusar la responsabilidad cuando la acción típica es producto de una creación antijurídica de riesgo, máxime cuando se dispone de la protección concreta de ese bien jurídico. Pero son eventos que se sortean a partir del dispositivo amplificador de la omisión impropia, como en el caso que una madre permita a su esposo que acceda carnalmente a su hija menor de edad, responderá por un delito sexual en comisión por omisión.

En el delito de **prevaricato por omisión** podría incurrir el servidor público de cualquier entidad, en especial las entidades que realizan trámites de menores por estar dentro de sus funciones y, ser atribuidas por la Ley de Infancia y Adolescencia, elemento normativo del tipo pues se exige el incumplimiento de funciones legales, imperativas y expresas que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de las mismas. Esta sería una forma indirecta como el Estado llegaría a responder penalmente, pues al actuar por medio de sus funcionarios los comprometen las funciones que se derivan de su calidad. Claro está que el bien jurídico tutelado aquí no es el menor sino la administración pública, sin embargo el menor puede afectarse con esta conducta omisiva al afectar cualquier trámite en donde sus derechos puedan verse vulnerados.

Los anteriores serían delitos de omisión propia en que se incurriría contra en determinado momento contra los menores, en cuanto a los delitos de **Omisión Impropia** de los que se predica la **Posición en Garantía** podría incurrir el Estado en principio en los delitos de resultado de la parte especial que hagan referencia a la vida e integridad personal, la libertad y formación sexuales, la libertad individual. Pero recordemos que para Juan Carlos Forero se puede hablar de comisión por omisión en otros delitos, cuando la fuente de la posición de garante sea exclusivamente la constitución o la ley<sup>84</sup> *siendo lo que ocurre precisamente con el Estado* ya que la fuente de la posición de garante que se predica de los actores (Estado, la familia y la sociedad) es la Ley de Infancia y Adolescencia y la misma Constitución, por lo que se puede hablar de delitos de comisión por omisión en cualquier tipo de la parte especial que algún miembro de la familia, el Estado o la sociedad cometa contra el menor. Sin embargo se debe estudiar cada uno de los delitos para determinar si dentro de los sujetos activos de la conducta puede encontrarse el Estado.

En cuanto a los **Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal**. Debe Tenerse en cuenta que el derecho a la vida es el atributo supremo de todo ser humano, y por tanto del menor, soporte necesario de todos los demás derechos y facultades

---

<sup>84</sup> Ibid p. 29.

a él garantizados por el ordenamiento jurídico y presupuesto lógico de la existencia de la organización social<sup>85</sup>. La vida es el bien supremo. Sobre su existencia se hace posible el goce de los demás bienes. Disfrutar del patrimonio económico, de la libertad sexual, de la seguridad pública, de la familia, de la libertad individual, de la integridad moral etc, sólo es factible si se esta vivo<sup>86</sup>.

De esta forma, se encuentra aquí un pleno desarrollo de la obligación estatal consagrada constitucionalmente, de proteger a todos los residentes “en su vida, honra y bienes” (Arts 2 inc. 2, y 11 CN), y se acentúa más esta obligación tratándose de menores, quienes prevalecen sobre los demás. En este punto puede verse una de las razones que constitucionalmente permiten afirmar que es en últimas el Estado el responsable de todos los habitantes del territorio nacional en su honra, bienes y hasta en su vida, es decir, podría responder por el homicidio de los menores, por los delitos contra su honra, por la asistencia alimentaria que le provea lo necesario al niño para desarrollarse y por brindar las condiciones necesarias para que la familia y la sociedad puedan proveerle un ambiente apropiado para su edad y para la efectividad de todos y cada uno de sus derechos, además que por ser el responsable de vigilar que esto se cumpla, debe evitar cualquier tipo de delito contra los menores y si esto ocurre debe investigarlos, sancionarlos y reestablecer los derechos violados.

Así el estatuto protege el bien jurídico de la vida en tres esferas a saber:

a) Protección a la vida independiente: Se encuentra aquí el **homicidio** (103,104), en donde la vida es un bien absoluto respetable por igual en niños y ancianos, sanos y enfermos, productivos o parasitarios, genios o idiotas, santos o pecadores, virtuosos o viciosos (PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA. Manual de Derecho penal. Parte General. Parte Especial. Sexta Edición. 2002. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 549), y significa la acción de matar a un hombre; así este delito lo puede cometer tanto cualquier ciudadano de la sociedad, cualquier miembro de la familia, y es el Estado quien en últimas y por mandato constitucional expreso debe proteger este bien jurídico de la vida, más aún teniendo en cuenta que la Ley de Infancia y Adolescencia le otorga responsabilidades de protección con respecto a los menores en quienes prevalecen sus derechos. Debe tenerse en cuenta que para la familia existiría una circunstancia de agravación consagrada en el artículo 104 numeral primero, igualmente en el numeral siete del mismo artículo existe otra circunstancia de agravación al aprovecharse del estado de indefensión o inferioridad de la víctima, que sobra decir, es la situación en que se encuentran naturalmente lo niños; entonces siempre que se cometa un homicidio contra un menor será agravado por su estado de indefensión, aún más si es un familiar quien lo comete en su contra.

---

<sup>85</sup> PÉREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal. T. V. Bogotá: Ed. Temis, 1974. P. 175

<sup>86</sup> TOCORA, Luis Fernando. Derecho Penal Especial II edición, Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1984. P. 1.

b) Protección a la vida intrauterina y fetal: Esta categoría no entraría dentro de nuestro estudio, ya que no son los niños los que se protegen en esta esfera sino los fetos, por ello el legislador prevé estos tipos especialmente para los fetos.

c). Protección a la vida de atentados o amenazas especiales: Encontramos aquí el **abandono de menores y personas desvalidas**; en este tipo se protege el vínculo familiar y los deberes de solidaridad emanados de él, ya que el agente debe tener la obligación legal de velar, socorrer, amparar o ayudar al sujeto pasivo, también se deben comprender los deberes de amparo y protección que no emanan directamente del vínculo familiar como los que soportan los tutores y curadores respecto de los pupilos; de esta forma se puede afirmar que el sujeto activo de este tipo es la persona que tenga deberes legales de asistencia, y entonces serían los padres (**familia**) respecto del sujeto pasivo que es el menor de doce años que lo abandonen.

En cuanto al derecho a la **integridad personal** cubre los aspectos psíquicos (conjunto de condiciones de orden mental y espiritual necesarios para la vida de interrelación, y para el desarrollo cabal de la existencia humana PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA. Manual de Derecho penal. Parte General. Parte Especial. Sexta Edición. 2002. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 541) y físicos (estructura armónica, funcional y organizada de todos los órganos y partes del cuerpo humano PEDRO ALFONSO PABÓN PARRA. Manual de Derecho penal. Parte General. Parte Especial. Sexta Edición. 2002. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Pág. 541) del ser humano, así esta protección salvaguarda las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida misma. En esta categoría se encuentran las **lesiones personales** siendo el daño causado a un hombre por la acción de otro, que se concreta en perjuicios a su integridad corporal o psíquica lo que incluye su salud física y mental y el adecuado funcionamiento de su organismo en sus aspectos anatómico, fisiológico y psíquico. Este delito es de resultado; su imputación se fundamenta en las consecuencias de la acción, y son irrelevantes las circunstancias y medios concurrentes o las específicas finalidades del agente. En este delito puede incurrir tanto el miembro de la sociedad o la familia que cause lesiones en un menor, este tipo penal debería consagrar una agravante cuando las lesiones se causan a un menor por ser prevalentes sus derechos sobre los demás y por tener una especial protección.

En los delitos contra la **libertad individual** incurriría en el **secuestro**, la **desaparición forzada** tanto cualquier miembro de la familia o de la sociedad que secuestre un menor de edad agravándose cuando la víctima es un menor de 18 años (art. 170, numeral 1).

Por otra parte los delitos contra la **libertad, integridad y formación sexuales**, incurre el miembro de la **sociedad o de la familia**, protegiendo la dignidad humana de los niños en donde se encuentra el acceso carnal violento (205), acto

sexual violento (206), el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (207), y los tipos es que protegen a los menores particularmente : **Acceso carnal abusivo con menor de catorce años** (208), **actos sexuales con menor de catorce años** (209). En los delitos de proxenetismo como inducción a la prostitución (213), Constreñimiento a la prostitución (214), trata de personas (215), en los cuales también existe circunstancia de agravación cuando se realicen estas conductas en menor de catorce años.

En cuanto a los **delitos contra la familia** se tiene en cuenta que el estatuto penal procura tutelar la existencia misma de la familia su conservación y las relaciones morales, sociales y económicas que ella genera, protegiendo la ley penal tanto a la familia matrimonial como a la unión de hecho, entre tanto, la Constitución define a la familia como la célula primaria de reproducción y vida social, cuyo marco de licitud se encuentra en la institución matrimonial y en la voluntad libre y responsable de un hombre y una mujer para conformarla.

La comprensión constitucional de la familia como núcleo fundante y fundamentador de la sociedad, también reconocido en el ordenamiento superior de derechos fundamentales de la persona, dentro de los cuales descuellan la garantía y reconocimiento de los derechos del niño y finalmente la exigencia de su promoción, protección y custodia por parte del Estado, como supremo representante de lo más importantes intereses sociales; dentro de estos aspectos mencionados se enmarca la determinación de los bienes jurídicos protegidos mediante las normas punitivas al respecto igualmente se busca la efectividad de todo el conjunto de derechos fundamentales, entre ellos los derechos del menor en plenitud, en cuanto a su reconocimiento, garantía, efectividad, vigencia y realización práctica, en atención a lo anterior, la Ley de Infancia y Adolescencia desarrolla un esquema de protección caracterizado por ser integral creando y desarrollando la intervención de toda una diversidad de entidades públicas, cuya finalidad y función principales es brindar efectiva custodia y protección a la familia, y dentro de ella al menor.

De esta forma la familia incurriría en delitos contra el menor en los siguientes casos: **violencia intrafamiliar** cuando algún miembro de la familia maltrate física o psíquicamente a un menor perteneciente al grupo familiar (la Ley 294 DE 1996. Artículo 2. Inciso 2. Considera que son integrantes de la familia: a. los cónyuges o compañeros permanentes, b. el padre o madre de familia aunque no conviven en mismo hogar, c. los ascendientes y descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos, d. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica), así tanto el sujeto activo como la víctima deben pertenecer al núcleo familiar, y entonces puede abarcar no sólo el matrimonio, sino también las uniones de hecho o simplemente la vida en común o convivencia habitual en una misma casa. En este punto sería posible afirmar que la violencia intrafamiliar provocada por personas predisuestas culturalmente a la agresividad,

generaría un efecto que puede desencadenar la exclusión de responsabilidad de los individuos, cuando el Estado por ejemplo les proveyó, con base en su corresponsabilidad, una opción cierta de rehabilitación o por que los problemas intrafamiliares surjan de necesidades económicas teniendo en cuenta que es el Estado el que debe brindar las herramientas y mecanismos necesarios para un desarrollo armónico familiar y para una protección del menor al interior de ella.

Por otra parte el delito de **Inasistencia Alimentaria** se incrimina el incumplimiento de las obligaciones recíprocas que genera el vínculo familiar, en particular se atiende a la asistencia material entre parientes dentro de determinados grados, se consagra además una circunstancia de agravación punitiva si la inasistencia alimentaria recae sobre un menor de catorce años, entonces e habla aquí de la prestación alimentaria y los deberes que pesan sobre los parientes para el suministro de vivienda , vestido, atención médica y educación. La conducta recaería sobre el descendiente legítimo, adoptivo o hijo extramatrimonial para el caso de los menores, y el sujeto activo sería la persona legalmente obligada a prestaciones alimentarias que para el caso es el menor serian sus padres principalmente. Así, el tipo penal estipula una agravación en desarrollo de la superior protección que el ordenamiento otorga al menor al establecer que sus derechos prevalecen sobre los de los demás, por tanto, se da un tratamiento jurídico especial y preferente para los menores como resultado de la aplicación del principio del interés supremo, regla de derecho de orden nacional e internacional. Esto por que en el Estado Social de Derecho Colombiano constituye un fin esencial adelantar precisas acciones que permitan a los menores de edad alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquica, intelectual, familiar y social. La población infantil es vulnerable y la falta de estructuras *sociales*, económicas y *familiares* apropiadas para su crecimiento agravan su indefensión; así la corte constitucional se pronuncia “ *son considerado como grupo destinatario de una atención especial ESTATAL que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías jurídicas para alcanzar su efectividad*” SENTENCIA T- 556 de 1998. Así, por primera vez en nuestra normatividad del menor se habla de *corresponsabilidad del Estado* en la prevención, protección y reafirmación de sus derechos, con fundamento en este nuevo gravamen social radicado en el Estado, surgen efectos sobre la responsabilidad penal en los delitos de inasistencia alimentaria por ejemplo cuando la víctima es un menor, la incapacidad de pago por parte de los deudores legales de alimentos, actualiza la responsabilidad del Estado y, descarta cualquier opción legal contra aquéllos, esto con fundamento en que es precisamente la responsabilidad del Estado superior a la de los demás actores y es quien en últimas debe suplir las necesidades del menor cuando por alguna incapacidad la familia y la sociedad no pudieron hacerlo, pese ser también corresponsables, más aún cuando es el Estado el ente que debe vigilar en todo momento el cumplimiento y efectividad de los derechos de los niños para actuar cuando estos se vean vulnerados o amenazados .

Puede decirse que respecto de los delitos contra la familia definitivamente el Estado no puede entrar a responder penalmente, pues como se definen el bien jurídico tutelado es la familia y requieren un sujeto activo cualificado cual es ser miembro del grupo familiar, así el delito va dirigido a esta institución (familia) y no al Estado mismo, pues lo que debe hacer es brindar las condiciones para que el menor pueda desarrollarse al interior de la sociedad y la familia, pero dentro de estos tipos penales se encuentran los miembros familiares únicamente.

En lo respecta a los delitos contra la **integridad moral** podría incurrirse en contra de los menores sólo mediante la **injuria** donde se comprenden las imputaciones que se pronuncian en contra de una persona determinada, en su presencia o ausencia, que sean idóneas para afectar su autoestima o reputación incurriría un miembro de la familia o la sociedad, en cuanto a la calumnia cabe al comprender imputaciones falsas de un hecho punible respecto de personas susceptibles de sufrir las consecuencias sean penas o medidas de seguridad.

## 5.7 A MANERA DE CONCLUSIÓN

a). Al asumir el instituto del delito de omisión, específicamente el tipo de comisión por omisión basado actualmente en las posiciones en garantía, para determinar si apareció una en particular respecto del Estado, surge la inquietud, ¿podría configurarse una responsabilidad penal para él derivada de su corresponsabilidad?. Teniendo en cuenta que para que se configure la responsabilidad en posición de garantía por violación al principio de solidaridad, la misma debe estar consagrada expresamente en la ley, es preciso observar que en la actualidad, con la expedición de la Ley 1098, sí existe la consagración legal, y por tanto se han dado los presupuestos constitucionales y legales para configurar la posición en garantía, así que se han echado las bases de imputación por omisión, pudiendo incurrir en cualquier delito de la parte especial del código penal, que admita fenomenológicamente dicha probabilidad. Sin embargo, el Estado en tanto institución pública, no es *per se* sujeto pasivo de la pena en consideración a que las personas jurídicas responden penalmente por medio de sus representantes legales, así mismo el Estado asumiría su deber de corresponsabilidad por medio de sus entidades y, como éstas no pueden ser responsables penalmente, serían los llamados a asumir las consecuencias de sus actos u omisiones, los representantes legales de las mismas.

En definitiva, los directamente afectados serían los funcionarios de las entidades encargadas de hacer efectiva la obligación de corresponsabilidad, en sus expresiones concretas. Entre dichas entidades pueden señalarse, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo, las Comisarías de Familia, entre otras, además de las restantes que por ley o reglamentación puedan convertirse en garantes de los derechos de los menores.

b) Después de especificar los posibles tipos penales en los que podría victimarse a un menor por omisión de la familia, como otras instituciones de la sociedad y el Estado mismo, ¿respondería este último por alguno de los delitos de la parte especial?

El principio de personalidad de la pena controvierte la responsabilidad de las personas jurídicas, sean públicas o privadas, sin embargo se podría pensar que sí es responsable el Estado penalmente ya sea por que el efecto de la corresponsabilidad se proyecta en una probable constitución de posición de garantía que conllevaría efectos penales importantes y porque sería el ente que en últimas estaría llamado a asumir la atención y satisfacción de los derechos de los menores, así como de vigilar que el proceso de corresponsabilidad se cumpla, es decir que tanto la familia como la sociedad y el Estado mismo, garanticen una protección integral al menor por expreso mandato de la Ley de Infancia y Adolescencia, así como que el Estado les debe proporcionar lo necesario a estos dos actores para que puedan brindarle al menor una real protección y goce de sus derechos. De esta forma, se encuentra aquí un pleno desarrollo de la obligación ESTATAL, consagrada constitucionalmente consistente en proteger a todos los residentes “en su vida, honra y bienes” (Arts 2 inc. 2, y 11 CN), y se acentúa más esta obligación tratándose de menores, quienes prevalecen sobre los demás.

En este punto puede verse una de las razones que constitucionalmente permiten afirmar que es en últimas el Estado el responsable de todos los habitantes del territorio nacional en su honra, bienes y hasta en su vida, es decir, podría responder por la muerte de los menores, por los delitos contra su honra, por la asistencia alimentaria, entre otros, además que por ser el responsable de vigilar que esto se cumpla, debe evitar cualquier tipo de delito contra los menores y si esto ocurre debe investigarlos, sancionarlos y reestablecer los derechos violados.

Así, por primera vez en nuestra normatividad del menor se habla de **CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO** en la prevención, protección y reafirmación de sus derechos, y con fundamento en este nuevo gravamen social radicado en el Estado, surgen efectos sobre tipos penales tradicionalmente ajenos a cualquier afectación de la responsabilidad del Estado, como es el caso de la inasistencia alimentaria, cuando la víctima es un menor y se constituye la incapacidad de pago por parte de los deudores legales de alimentos, caso en el cual actualiza la responsabilidad del Estado y, descarta cualquier opción legal contra aquellos, esto con fundamento en que es precisamente la responsabilidad del Estado superior a la de los demás actores y es quien en últimas debe suplir las necesidades del menor cuando por alguna incapacidad la familia y la sociedad, no pudieron hacerlo a pesar de ser también corresponsables, más aún cuando es el ente que debe vigilar en todo momento el cumplimiento y efectividad de los derechos de los niños para actuar cuando estos se vean vulnerados o amenazados .

Aquí, es posible afirmar también que la violencia intrafamiliar provocada por personas predispuestas culturalmente a la agresividad, generaría un efecto que puede desencadenar la exclusión de responsabilidad de los individuos, cuando el Estado asumió su rehabilitación, o por que los problemas intrafamiliares se expliquen a consecuencia de disfunciones atribuibles a las entidades del estado llamadas a evitarlas.

Sin embargo, para que el Estado respondiera directamente por estos delitos tendría que modificarse el sistema penal, pues no va dirigido sino a personas naturales, y como aún no se ha reformado sería el funcionario que omite ejecutar la obligación específica derivada de la corresponsabilidad, el responsable; no se pretende sin embargo que una persona jurídica no pueda ser sujeto activo dentro de los tipos objetivos, tal y como lo enseñan estatutos como el código penal español, y lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante una responsabilidad sin culpabilidad, sufriendo penas apropiadas a su estructura.

Lo cierto es que ninguna institución del Estado surge para el cometido de delitos, en el contexto constitucional vigente, lo que no obsta que puedan desplegarse políticas opuestas al régimen legal y para su cometido se disponga de dichas instituciones. Siendo en este caso la mediación del Estado meramente instrumental, serían responsables sus agentes, como sucede en los eventos considerados de desaparición forzada. Desde luego, un juez penal no condenaría un estado a su desaparición cancelando su personería, pero sí puede derivar responsabilidad a través de los servidores públicos que omitieron dar cumplimiento a las obligaciones que les compete, cuando de dicha omisión se conforma un riesgo antijurídico que se desata en un daño actual o potencial.

Lo importante, es que fueron constituidas las bases de imputación por omisión para los eventos en que no se asuma la cuota de corresponsabilidad que compete a las instituciones públicas.

Sin duda, el Estado como tal debe responder civil o administrativamente por los daños causados y, bien podría conformarse un sistema de penas apropiado a un derecho penal contra las instituciones públicas, que pueden incluir su obligación de reconocimiento público de responsabilidad, la pena pecuniaria y en casos extremos hasta la desaparición de una institución particular, sistema de penas que en la actualidad no existe, pero que puede configurarse.

c) ¿Qué función cumpliría el Estado como institución en materia penal para la protección de los menores?

Definitivamente la función del Estado radica en proteger a la sociedad, en su interior a la familia y al interior de esta a los menores especialmente, para ello debe brindar los mecanismos y condiciones necesarias para que estos se desarrollen y se pueda garantizar de esta forma la efectividad de los derechos de

los menores, además de ser el ente encargado de vigilar el cumplimiento de los deberes de cada uno y la real garantía de los derechos de los niños, al ser quien en últimas debe intervenir para suplir las deficiencias de la familia y la sociedad, y quien debe reprimir igualmente las conductas que atenten contra sus derechos, y su integridad como niño.

Entonces, se predica la obligación de crear políticas públicas para evitar la violación de derechos de los menores, para que con las mismas se les brinden las herramientas e instrumentos necesarios a la familia y la sociedad para su desarrollo y el consecuente desarrollo del menor. Además, al ser el Estado el encargado de vigilar todo el proceso de corresponsabilidad debe estar atento a investigar y sancionar las conductas atentatorias contra el menor sus derechos, y debe reestablecerlos. Pero definitivamente si debe suplir las necesidades en caso de no estar en capacidad de hacerlo la familia y la sociedad, este punto debe reglamentarse, así como urge crear las medidas apropiadas para que esto sea real.

d) Otro de los interrogantes que surgen es: ¿podría ser necesaria una reglamentación que especialice más los delitos o los agrave teniendo en cuenta que los menores prevalecen y tienen un trato especial?

Tal sería la tendencia si se consideran textos normativos posteriores a la Ley 1098 de 2006, como por ejemplo la Ley 1142 de 2007 que modificó el Código Penal y el de Procedimiento Penal, como también el texto conciliado sobre pequeñas causas. Por demás, sí podría considerarse como necesario, ya que sólo algunos delitos consagran algún tipo de agravación cuando la víctima es el menor y, definitivamente deben ser todos los delitos que se cometan contra los menores los que requieren tal agravación. En tipos como las lesiones personales y, en general, en cualquier delito se debe agravar cuando se cometen contra menores, teniendo en cuenta el trato especial que merecen, el interés superior del menor, la prevalencia de sus derechos, y su condición de indefensión por su capacidad tanto mental como psicológica. Sin embargo esto se solucionó en algunos delitos al no permitir ningún beneficio.

## CONCLUSIONES

Dentro de los antecedentes históricos encontramos que “los menores” por lo general a lo largo de la historia han gozado de garantías debido a su vulnerabilidad; Así, en Roma el tratamiento que se daba a los impúberos al interior de la organización constituye herramientas esenciales que permiten determinar la intervención del Estado en su protección y su consecuente corresponsabilidad, pues allí existe ya corresponsabilidad del Estado y la familia hacia los menores, donde la familia por medio del pater familias se encarga de su representación y educación además de las obligaciones jurídicas que surgen debido a la filiación como la obligación de darse alimentos comprendiendo no sólo lo que es necesario para la vida del menor sino también su educación conforme a su rango social. Mientras el Estado por su parte crea instituciones para su protección como la tutela y curatela, además de las acciones penales que consagra contra quien se lucra con la inexperiencia del púber menor de veinticinco años o en contra el tutor que llevaba a cabo malversaciones o fraudes contra el patrimonio del pupilo al ser considerados estos actos como un crímenes de carácter público, apareciendo estas figuras de protección hacia el menor de aquella época con una determinante injerencia por parte del Estado, al ser quien atribuye estos oficios y vigila su eficaz y cabal gestión.

La obligación alimentaria que data de Roma es un importante antecedente y causa del surgimiento de la corresponsabilidad del Estado, ya que nace respondiendo a las nuevas exigencias del contexto político, social económico y particularmente familiar de la época, es decir en la familia arcaica soportada en una monarquía, caracterizado por la rigidez no se encontró ningún dato que se mostrará la aparición de la obligación alimentaria, mientras que con la evolución histórica, más exactamente en el seno de una sociedad más moderna en aquella época, con el poder en cabeza del príncipe pero de forma desconcentrada, en donde ya se contaba con la existencia de un sistema de seguridad social (Trajano, Adriano, Nerva) a favor de los más necesitados nace la obligación alimentaria exigida en un principio a los parientes más cercanos y en caso de imposibilidad esta responsabilidad se consolidaba en cabeza del ESTADO como corresponsable creándose un nuevo esquema de responsabilidad en el que coexisten la familia, la sociedad y el estado.

Debido a la transformación que ha tenido la institución familiar con el tiempo, la variación en sus roles y por tanto en la toma de decisiones en su interior, como consecuencia de la insuficiencia del sistema de protección que el Estado les brinda, se desprenden tres consecuencias básicas a saber:

a) Por la precariedad del sistema de protección que el Estado brinda a las familias son los menores y las mujeres quienes se ven obligados a contribuir en el

sostenimiento y búsqueda de bienestar del que carecen, esto teniendo en cuenta que las familias se caracterizan según la sociedad en la que se viva y las condiciones de tipo social y económico que la rodeen, por ello en situaciones difíciles, la familia actúa como un escudo que protege a sus miembros de los peligros y las amenazas a las que se ven expuestos, siendo más estrechos los lazos de “solidaridad” en sociedades con niveles de vida y desarrollo más bajo como es el caso de las familias Colombianas, en donde la unidad familiar aparece con más fuerza. Por tanto, se evidencia que a pesar de las mutaciones sufridas por la familia está mantiene el significado esencial que se origina en que esta constituye un pilar clave del régimen de bienestar y que ha sido llevada a proteger sus miembros produciendo el bienestar que el sistema de protección social no les garantiza.

b) Como antecedente de la corresponsabilidad se puede decir que aparecen las primeras formas de solidaridad familiar ya que esta debe desarrollar una reacción o estrategia de adaptación a los cambios y deficiencias que se presenten por falta de protección del Estado asumiendo responsabilidades que anteriormente este asumía, con la nueva etapa de modernización el Estado a pesar de transferir estas obligaciones a la familia no le brinda las suficientes garantías y recursos para desarrollarlas, por ello la corresponsabilidad debe ser el principio rector que exija solidaridad ya no familiar sino solidaridad entre el Estado , la familia y la sociedad para suplir las necesidades que demande el menor, equilibrando las obligaciones que le competen hoy a la familia con concurrencia de el Estado y la sociedad.

c) El Estado juega un papel muy importante en la implementación y ampliación en el aseguramiento de quienes son más vulnerables en ella “los menores” sin llegar a convertirse en un estado paternalista como sucedió en épocas anteriores. Pero como en la realidad son precarias las garantías que el Estado brinda a la sociedad obligando a las familias a asumir las insuficiencias de la seguridad social, en respuesta a los cambios en la estructura familiar y a las situaciones que con ellos se presentan, la unidad familiar no se desplaza hacia instancias externas como el Estado sino que quedan exclusivamente como responsables en su interior. Esto debido a que los niveles de aseguramiento en Colombia son muy bajos.

Por esto, se afirma que la familia es una compañía de aseguramiento en la medida en que protege a sus miembros de la incertidumbre causada muchas veces por la ineficiencia del Estado en su responsabilidad de protección a la sociedad y por ello a la célula de la sociedad que es la familia.

Por estas razones se exige del Estado un mayor esfuerzo en la creación de políticas públicas compatibles con las nuevas necesidades que demanda el modelo actual, teniendo en cuenta las exigencias de nuevas responsabilidades que se adecuen a las condiciones actuales superando los modelos de familia antigua que sólo eran posibles y se adaptaban a las formas de Estado en las que

surgieron y se encontraban apenas en sus procesos de formación . Por ello si con el tiempo estos grupos familiares evolucionan para enfrentar la dinámica actual, de la misma forma debe evolucionar el Estado con las políticas para su protección. De esta forma, si existiera un mejoramiento de la seguridad social y la creación de políticas públicas se contribuiría a reducir los índices y estadísticas de violaciones y vulneraciones al interior de la familia que llegan a afectar en forma directa a los menores de edad y se buscaría en realidad la protección y garantía de sus derechos. Por lo tanto, de las medidas, mecanismos y garantías que el Estado brinde a la sociedad y la familia depende en gran parte el desarrollo de una verdadera corresponsabilidad ya que el Estado les debe otorgar las herramientas necesarias para el ejercicio de sus responsabilidades.

d) Son los sistemas de beneficiencia o regímenes de bienestar los que llegan a determinar a lo largo del tiempo la distribución de responsabilidades que surgen del Estado, la familia, la sociedad y esta distinción es un factor determinante en las políticas de protección que el Estado pueda crear hacia la familia , sociedad y los miembros en su interior; Así, el régimen de bienestar que acoge Colombia puede decirse que se basa en los principios de “universalidad, solidaridad e integralidad” con énfasis redistributivo cumpliendo una función compensatoria de las desigualdades sociales, siendo definitivamente principios que rigen también la teoría de la Protección Integral a los menores plasmada en la Ley de Infancia y Adolescencia y por lo mismo la corresponsabilidad, entonces los sistemas de seguridad social marcan los principios que van a regir las responsabilidades del Estado hacia la población Colombiana y obviamente hacia los menores de edad.

e) La ley de Infancia y Adolescencia acorde con los principios que rigen la convención de los derechos del niño plasma como su eje conceptual y central la Teoría de la Protección Integral de donde se deriva directamente el concepto de corresponsabilidad, pues para que exista protección integral se hace imprescindible la concurrencia de la familia, la sociedad y el Estado como los autores responsables de la especial protección, garantía y restablecimiento de cada uno de los derechos que les pertenecen por su condición de niños y adolescentes de una forma permanente y universal. Mas aún cuando la protección integral y la consecuente corresponsabilidad se encuentra plasmada en la ley como su objetivo, razón por la que se puede afirmar que rigen la ley en general. De la ley, los principios constitucionales, la normatividad internacional y la jurisprudencia Colombiana podríamos derivar entonces el concepto de corresponsabilidad y sus principios:

- La corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado es entonces la concurrencia de responsabilidades compartidas de estos tres actores en busca de un mismo fin, fin que definitivamente se limita a ser el de brindar una protección integral de los menores con todo lo que de ello se deriva , como es tanto la garantía como el restablecimiento de sus derechos, de aquí que los principios de la corresponsabilidad del Estado sean:

- La corresponsabilidad del estado es **Suprema**: Es superior teniendo en cuenta que dentro de las responsabilidades de la familia y la sociedad con respecto a las que le corresponden al Estado, es este el ente que en definitiva tiene la obligación constitucional y legal primero de proteger a toda la población Colombiana, en donde se encuentra la sociedad, en su interior su célula estructural cual es la familia, y dentro de esta institución los menores. Entonces el Estado finalmente protege a los dos actores (familia, sociedad) y especialmente a quienes son vulnerables al interior de las mismas como son los niños y adolescentes. Más aún tratándose de un Estado social y democrático de derechos cual es el que tenemos en Colombia esta supremacía de estas responsabilidades se acentúan organizado para proteger a grupos más vulnerables de la sociedades en donde en primer termino se encuentran los niños y adolescentes.

- La Corresponsabilidad del Estado es **Permanente**: Pues debido a una de las obligaciones del Estado cual es la de vigilancia, se deriva para este ente una responsabilidad permanente ya que debe vigilar que los derechos del menor se protejan y garanticen en todo momento, y para que ello se de debe brindar los mecanismos necesarios a la familia y la sociedad para que ellos los pueda hacer efectivos; así el Estado mismo debe verificar que los dos actores así lo cumplan cuando tienen las condiciones para ello; sin embargo cuando la familia o la sociedad no tienen la capacidad de hacer efectivos sus derechos es el Estado el que debe intervenir cerrando el ciclo de la corresponsabilidad.

Entonces el Estado abre el ciclo de corresponsabilidad proporcionando los medios requeridos a la familia y la sociedad, recorre todo el ciclo vigilando que efectivamente se proteja a los menores, sancionando a quienes los vulneren y restableciendo los derechos vulnerados y cierra el ciclo interviniendo cuando estos dos actores no tienen la posibilidad de hacerlo.

- La Corresponsabilidad del Estado es **Restablecedora**: La corresponsabilidad exigida por la ley de Infancia y adolescencia no sólo se limita a la protección y garantía sino también al restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de que estos hayan sido afectados y de este restablecimiento, del goce y realización de los derechos es responsable el Estado en cabeza de sus agentes.

- La Corresponsabilidad del Estado es **Sancionatoria**: Debido a que es el Estado el que debe activar sus mecanismos y agentes mediante los cuales actúa para investigar y sancionar las conductas que atentan en contra de los derechos de los menores, esto debe hacerlo a través de su obligación de vigilancia, encontrando las violaciones, investigando y sancionando de oficio o simplemente con ayuda de la familia y el estado quienes deben denunciar o dar a conocer estos hechos.

- La Corresponsabilidad del Estado es **Universal e Integral**: Se concibe esta corresponsabilidad dentro de la universalidad de los derechos humanos. La políticas sociales deben ser de carácter universal, así como la aplicación y ejercicio de todos los Derechos humanos de los niños y adolescentes debe estar dirigido a la totalidad de ellos y a vencer las condiciones que generan discriminación y desigualdad.
- La Corresponsabilidad del Estado es **Prioritaria**: Ya que por expreso mandato de la ley de Infancia y Adolescencia el diseño y destino de las políticas públicas, debe tener en cuenta en primer lugar a los niños, igual que la aplicación de políticas, incluyendo acciones, planes, programas y presupuesto hacia esta población, antes que otro sector social.
- La Corresponsabilidad del Estado es **Solidaria**: Pues de otra forma no existiría “CO-RESPONSABILIDAD” ya que deben ser los tres actores de forma solidaria quienes brinden efectivamente una protección integral, así se convierte la solidaridad en un principio básico y determinante si de corresponsabilidad del Estado se habla, además de evidenciarse que el eje central en la protección de los niños se encuentra en el Estado, la familia y la sociedad siendo la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos de la infancia. Por tanto la sociedad y la familia están obligados a activar los mecanismos de garantía y protección necesarios para que la obligación del Estado sea correspondida con la obligación y solidaridad social. Además, la corresponsabilidad obliga a crear mecanismos apropiados desde cada uno de los estamentos e instancias de la familia, la sociedad y el Estado.
- La Corresponsabilidad del Estado es **Diferenciada**: Es la ley de Infancia y adolescencia la que se encarga de diferenciar las responsabilidades de los tres actores aunque no en forma muy clara pues enuncia taxativamente cada una de las obligaciones que les corresponden a cada uno de los actores pero no les da un real alcance y limite a cada una de ellas.
- La Corresponsabilidad del Estado es **Concurrente y Simultánea**: Al ser la protección que el del Estado debe brindar a los niños permanente e integral, de tal forma que ninguna de las instituciones pueda excusarse en la irresponsabilidad del otro sino que todos tengan la obligación de garantía, pues los tres son garantes de los derechos de los niños; Por ello es concurrente pues todos deben acudir a su protección por la misma razón (los tres son garantes). La simultaneidad sólo puede entenderse en este sentido, en que los tres actores deben estar en su función de protección permanentemente y en todo momento y lugar, todos en forma simultánea deben concurrir siempre a proteger todos los derechos, así el Estado debe estar simultáneamente con la familia y la sociedad en todo el ciclo de la corresponsabilidad, tal como se explico anteriormente.

- Corresponsabilidad del Estado es **Articulada**: De la articulación que cada uno de los autores tengan con las responsabilidades de los menores depende en gran parte la efectividad de los derechos de los menores, de tal forma que no puedan excusarse en la irresponsabilidad de uno al actuar como un equipo.
- La Corresponsabilidad del Estado **Subsidiaria o Residual**: Este principio se desprende tanto de la jurisprudencia Colombiana como de la misma normatividad internacional que así lo dicta y de se deriva directamente del PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD SOCIAL. Sólo puede entenderse este principio en una forma práctica de aplicar la corresponsabilidad , es decir aunque no se descarta que es concurrente y simultánea la corresponsabilidad, pues el Estado se encuentra en todo el ciclo de corresponsabilidad concurriendo con las responsabilidades de la familia y la sociedad protegiendo la universalidad de los derechos, se debe tener en cuenta que es residual en el sentido de que la corresponsabilidad parte de la esfera individual para pasar a la esfera pública, esto es, comienza en la familia y si esta no tiene la capacidad o posibilidad de suplir las necesidades o proteger los derechos del menor es el Estado quien debe intervenir a suplir esas deficiencias. Pues el Estado se encuentra en forma concurrente con la familia y la sociedad en todo el ciclo de corresponsabilidad y por lo mismo entra a intervenir en cualquier momento cuando estos dos actores no tienen la capacidad de hacerlo cerrando el ciclo. Más aún a sabiendas de que el incumplimiento por parte de la familia y la sociedad la mayoría de veces se deriva de la falta de garantías y mecanismos que el Estado debe brindarles para hacer efectivos estos derechos.

Entonces sobre estos dos últimos principios “**conurrencia y subsidiaridad**” se puede afirmar que es el Estado quien se encuentra presente en forma concurrente en todo el ciclo de la corresponsabilidad, brindando los medios necesarios a la familia y la sociedad puedan hacer efectivos los derechos de los niños, vigilando que así se cumpla, sancionando cuando se vulneren e interviniendo de forma subsidiaria cuando no brindó los mecanismos necesarios a los dos actores o cuando simplemente estos no tengan la capacidad y posibilidad de hacerlo.

El Estado no es el único responsable de garantizar los derechos de la niñez en Colombia, pues la responsabilidad, aunque diferenciada, es compartida por la familia y por la sociedad. Así, el principio de corresponsabilidad establece la participación activa de los tres estamentos sin interferencias ni exención de responsabilidades. Para ello es necesario delimitar cada una de las responsabilidades, tarea que la ley de Infancia no deja muy clara, pero que puede solucionarse si se aplican tres criterios a saber: La enunciación taxativa de responsabilidades que hace referencia la ley, los principios de la corresponsabilidad del Estado, el ciclo de corresponsabilidad, y los mandatos en de rango internacional en materia de menores:

a) Dentro de la enumeración taxativa que hace la ley de infancia y adolescencia de las responsabilidades se puede crear un criterio, específicamente para determinar el límite de las responsabilidades que competen a la familia, la sociedad y el estado respectivamente.

Entonces lo primero, es tener en cuenta las obligaciones que se despliegan para los actores de la corresponsabilidad en la ley ya que esta contiene un capítulo que define las obligaciones de la familia, de la sociedad y del Estado en relación con la protección integral que cada contexto debe a los niños y niñas de acuerdo con la Constitución Política. Es importante señalar que la ley no lista de manera exhaustiva cada obligación, sino que define unas guías imperativas que deben orientar las acciones de cada una de ellas. Así, un artículo general dispone que además de las obligaciones que señalan los tratados, la Constitución y otras leyes, son obligaciones de la familia, de la sociedad y del Estado las que allí se describen. Dentro de la enumeración taxativa de responsabilidad se puede crear un criterio, específicamente para determinar el límite de las responsabilidades que competen a la familia, la sociedad y el estado respectivamente

Para delimitar la corresponsabilidad, es decir conocer cuáles son las responsabilidades que les competen a cada una de las figuras que compone la tríada, esto es la familia, la sociedad y el estado, a la luz de la enumeración taxativa que hace la ley de Infancia y Adolescencia es necesario encontrar que la naturaleza que atribuye este código a cada una de ellas con criterios generales así:

- La familia: Definitivamente la ley le otorga responsabilidades generales que tienen que ver con cuidado, la orientación, el acompañamiento y crianza y de brindar la máxima satisfacción de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, además de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes; lo anterior siempre sobre la base de que es el Estado quien les debe brindar los mecanismos y medios efectivos para cumplir con sus obligaciones individuales. Así el Estado les brinda los medios y la familia debe aprovecharlos o exigirlos al mismo. Igualmente le prohíbe conductas que atenten contra la institución familiar que se considere destructiva de su armonía y unidad y obviamente contra sus integrantes en donde puedan llevar a impedir o limitar el ejercicio y goce de los derechos inherentes a los menores por su condición. Debe entenderse que estas obligaciones se determinan de conformidad con las enunciadas de forma explícita, de lo que el código entiende por responsabilidad parental y de lo que la convención de los derechos del niño determina para la familia como funciones de crianza que permiten darle un mayor alcance.
- La sociedad: La ley impone la responsabilidad a las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los

gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, de convertirse en parte activa para el logro efectivo de los derechos y garantías de los menores. La participación de la sociedad plasmada en desarrollo del principio de corresponsabilidad dicta que las organizaciones sociales de la ciudadanía, participarán en el seguimiento y vigilancia de las políticas públicas y de las acciones y decisiones de las autoridades competentes. Así con esta obligación de vigilancia se impone la de denunciar hechos que atenten contra los menores para que el Estado pueda entrar a actuar investigar, sancionar y reestablecer los derechos. Nuevamente es el Estado quien debe garantizar el cumplimiento de las funciones de la sociedad.

- El Estado: Según la ley de Infancia y Adolescencia así como la Convención sobre los derechos del niño, como primordial responsabilidad tienen la de crear las políticas públicas y los mecanismos necesarios que le permitan a la familia y la sociedad hacer efectivos los derechos de los menores tal como lo concibe no sólo la ley sino la Convención de los Derechos del Niño. Por tanto las obligaciones que de forma taxativa se enuncian en la ley se podrían reducir a ser el principal GARANTE de los derechos de los menores, pues sus funciones en definitiva son las de garantizar los medios, mecanismos, políticas, recursos, herramientas, medidas necesarias para que tanto la familia como la sociedad puedan aprovecharlos y utilizarlos para hacer reales sus derechos. Además tiene función de vigilancia de la real garantía y protección de los derechos de los menores, investiga y sanciona conductas que atenten en contra de los niños y restablece y repara los daños y derechos que les han sido vulnerados. Así se demuestra una vez más que el Estado recorre todo el ciclo de corresponsabilidad.

No se puede perder de vista que el Estado como directo corresponsable del desarrollo integral de los menores de forma prevalente, debe entenderse en todos sus niveles, esto es nivel nacional, departamental, distrital y municipal.

b) Para delimitar la corresponsabilidad del Estado con respecto a la que le corresponde a la familia y la sociedad, se hace indispensable remitirnos a los principios de la corresponsabilidad del Estado como es que la responsabilidad es suprema, permanente, restablecedora, sancionatoria, universal, prioritaria, solidaria, diferenciada, concurrente, simultánea, subsidiaria y residual. De esta forma se le da alcance a la responsabilidad del estado y los demás entes en cada situación concreta.

c) Tener claridad en el ciclo de la corresponsabilidad, esto es: comienza con la familia al ser las personas más próximas al menor siendo el estado quien les brinde los medios para que esta institución familiar pueda protegerlo y garantizarle el goce efectivo de sus derechos, en lo que esta no es capaz, no puede o no tiene la posibilidad entra la sociedad y el Estado debe intervenir para salvaguardar sus derechos. En todo momento se encuentra el Estado vigilando que la familia y la sociedad con los mecanismos que les proporciona cumplan con sus obligaciones,

igualmente investiga y sanciona las conductas que atenten contra ellos y restablece los derechos vulnerados. Así, el Estado se encuentra en todo el ciclo hasta su cierre actuando de oficio o por que con acciones se le exige el cumplimiento de sus deberes. Es importante este ciclo pues puede servir de ayuda para clarificar y dar alcance de las responsabilidades en una situación concreta, ya que muestra los momentos en que deben actuar los tres garantes de los menores.

d) Se debe tener en cuenta la normatividad internacional para delimitar las responsabilidades incorporando el bloque de constitucionalidad, en donde encontramos que dentro de la recopilación de los derechos humanos de la infancia establece que se consagran en la Convención, además de especificar los principios básicos que sirven de base a la realización de todos los derechos, exigen la prestación de recursos, aptitudes y contribuciones específicas, necesarias para asegurar al máximo la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Exigiendo la creación de mecanismos para proteger a la infancia en la garantía de los derechos, plasmando claramente las responsabilidades y obligaciones que le corresponden al Estado y a la familia respectivamente, notando además que hay momentos en que se debe trabajar en forma articulada, esto es, la familia, la sociedad y el Estado en forma solidaria para así dar efectividad plena a estos derechos ya enunciados. Notando que se otorgan mayores responsabilidades al Estado.

La Convención de los Derechos del Niño surge con la teoría de la protección integral de donde se desliga el concepto de corresponsabilidad, luego se plasma muy someramente en nuestra Constitución de 1991, pero es en la ley de Infancia y Adolescencia donde se adopta esta moderada y garantista protección, razón por la cual se derivan de esta consagración legal consecuencias legales, constitucionales y hasta penales para el Estado, y por supuesto para cada uno de los actores, además de mostrar verdaderos vacíos al interior de la ley que deben reglamentarse en un futuro:

a. La responsabilidad del Estado se extiende hasta la reparación, lo que supone una rehabilitación tanto de orden moral como también material; de forma que las distintas alternativas de reparación viables son precisamente las consideradas legalmente en materia administrativa contra el Estado cuando este falla. Se debe reglamentar y delimitar en que casos el Estado responde patrimonialmente ya que con la expedición de esta nueva ley de Infancia que delega infinidad de responsabilidades que en nuestro contexto son casi imposibles de cumplir al implicar impacto fiscal, el estado tendría que responder por cualquier incumplimiento a los deberes plasmados en la ley si así lo exigieran los ciudadanos, y de esta forma sería imposible cumplir todas estas reparaciones. Sino se especifican y clarifican los casos e que debe haber reparación y restablecimiento sería responsable por no brindar las condiciones para el desarrollo de cualquier derecho y por tanto de todas las violaciones a los mismos.

b. Se hace obligatorio especificar y garantizar los rubros dentro de los presupuestos, en coordinación con los planes de desarrollo en todos los niveles, esto es la priorización de inversiones y gasto en la población infantil, pues de esta forma se puede ofrecer una verdadera y real aplicación de la ley promulgada. De lo contrario, podría afectarse la legalidad y validez de estos por ser un mandato constitucional.

c. Por la misma razón, se descentralizan las responsabilidades en materia de menores pues las responsabilidades que anteriormente se encontraban en cabeza del gobierno central, hoy se transfieren también a los entes territoriales, quienes del mismo presupuesto que se les asigne deben priorizarlo para la población infantil.

d. En la ley, a pesar del trato preferencial, prevalente y especial que se les da a los menores en sus derechos y en cada una de sus actuaciones no se establecen acciones especiales ni procedimientos de tipo por ejemplo administrativo especial, que les permita acudir a exigir sus derechos con mecanismos legales especializados, con términos de respuesta acorde con el tratamiento que se les debe dar. Así si los menores y sus derechos son especiales, las formas de exigirlos, los procedimientos y los términos también lo deben ser.

En cuanto a la responsabilidad penal que pueda inferirse del Estado deben considerarse los siguientes aspectos.

a) Al asumir el instituto del delito de omisión, específicamente el tipo de comisión por omisión basado actualmente en las posiciones en garantía, para determinar si apareció una en particular respecto del Estado, surge la inquietud, ¿podría configurarse una responsabilidad penal para él derivada de su corresponsabilidad?. Teniendo en cuenta que para que se configure la responsabilidad en posición de garantía por violación al principio de solidaridad, la misma debe estar consagrada expresamente en la ley, es preciso observar que en la actualidad, con la expedición de la Ley 1098, sí existe la consagración legal, y por tanto se han dado los presupuestos constitucionales y legales para configurar la posición en garantía, así que se han echado las bases de imputación por omisión, pudiendo incurrir en cualquier delito de la parte especial del código penal, que admita fenomenológicamente dicha probabilidad. Sin embargo, el Estado en tanto institución pública, no es *per se* sujeto pasivo de la pena en consideración a que las personas jurídicas responden penalmente por medio de sus representantes legales, así mismo el Estado asumiría su deber de corresponsabilidad por medio de sus entidades y, como éstas no pueden ser responsables penalmente, serían los llamados a asumir las consecuencias de sus actos u omisiones, los representantes legales de las mismas.

En definitiva, los directamente afectados serían los funcionarios de las entidades encargadas de hacer efectiva la obligación de corresponsabilidad, en sus expresiones concretas. Entre dichas entidades pueden señalarse, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Defensoría del Pueblo, las Comisarías de Familia, entre otras, además de las restantes que por ley o reglamentación puedan convertirse en garantes de los derechos de los menores.

b) Después de especificar los posibles tipos penales en los que podría victimarse a un menor por omisión de la familia, como otras instituciones de la sociedad y el Estado mismo, ¿respondería este último por alguno de los delitos de la parte especial?

El principio de personalidad de la pena controvierte la responsabilidad de las personas jurídicas, sean públicas o privadas, sin embargo se podría pensar que sí es responsable el Estado penalmente ya sea por que el efecto de la corresponsabilidad se proyecta en una probable constitución de posición de garantía que conllevaría efectos penales importantes y porque sería el ente que en últimas estaría llamado a asumir la atención y satisfacción de los derechos de los menores, así como de vigilar que el proceso de corresponsabilidad se cumpla, es decir que tanto la familia como la sociedad y el Estado mismo, garanticen una protección integral al menor por expreso mandato de la Ley de Infancia y Adolescencia, así como que el Estado les debe proporcionar lo necesario a estos dos actores para que puedan brindarle al menor una real protección y goce de sus derechos. De esta forma, se encuentra aquí un pleno desarrollo de la obligación ESTATAL, consagrada constitucionalmente consistente en proteger a todos los residentes “en su vida, honra y bienes” (Arts 2 inc. 2, y 11 CN), y se acentúa más esta obligación tratándose de menores, quienes prevalecen sobre los demás.

En este punto puede verse una de las razones que constitucionalmente permiten afirmar que es en últimas el Estado el responsable de todos los habitantes del territorio nacional en su honra, bienes y hasta en su vida, es decir, podría responder por la muerte de los menores, por los delitos contra su honra, por la asistencia alimentaria, entre otros, además que por ser el responsable de vigilar que esto se cumpla, debe evitar cualquier tipo de delito contra los menores y si esto ocurre debe investigarlos, sancionarlos y reestablecer los derechos violados.

Así, por primera vez en nuestra normatividad del menor se habla de **CORRESPONSABILIDAD DEL ESTADO** en la prevención, protección y reafirmación de sus derechos, y con fundamento en este nuevo gravamen social radicado en el Estado, surgen efectos sobre tipos penales tradicionalmente ajenos a cualquier afectación de la responsabilidad del Estado, como es el caso de la inasistencia alimentaria, cuando la víctima es un menor y se constituye la incapacidad de pago por parte de los deudores legales de alimentos, caso en el cual actualiza la responsabilidad del Estado y, descarta cualquier opción legal

contra aquéllos, esto con fundamento en que es precisamente la responsabilidad del Estado superior a la de los demás actores y es quien en últimas debe suplir las necesidades del menor cuando por alguna incapacidad la familia y la sociedad, no pudieron hacerlo a pesar de ser también corresponsables, más aún cuando es el ente que debe vigilar en todo momento el cumplimiento y efectividad de los derechos de los niños para actuar cuando estos se vean vulnerados o amenazados .

Aquí, es posible afirmar también que la violencia intrafamiliar provocada por personas predisuestas culturalmente a la agresividad, generaría un efecto que puede desencadenar la exclusión de responsabilidad de los individuos, cuando el Estado asumió su rehabilitación, o por que los problemas intrafamiliares se expliquen a consecuencia de disfunciones atribuibles a las entidades del estado llamadas a evitarlas.

Sin embargo, para que el Estado respondiera directamente por estos delitos tendría que modificarse el sistema penal, pues no va dirigido sino a personas naturales, y como aún no se ha reformado sería el funcionario que omite ejecutar la obligación específica derivada de la corresponsabilidad, el responsable; no se pretende sin embargo que una persona jurídica no pueda ser sujeto activo dentro de los tipos objetivos, tal y como lo enseñan estatutos como el código penal español, y lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, mediante una responsabilidad sin culpabilidad, sufriendo penas apropiadas a su estructura.

Lo cierto es que ninguna institución del Estado surge para el cometido de delitos, en el contexto constitucional vigente, lo que no obsta que puedan desplegarse políticas opuestas al régimen legal y para su cometido se disponga de dichas instituciones. Siendo en este caso la mediación del Estado meramente instrumental, serían responsables sus agentes, como sucede en los eventos considerados de desaparición forzada. Desde luego, un juez penal no condenaría un estado a su desaparición cancelando su personería, pero sí puede derivar responsabilidad a través de los servidores públicos que omitieron dar cumplimiento a las obligaciones que les compete, cuando de dicha omisión se conforma un riesgo antijurídico que se desata en un daño actual o potencial.

Lo importante, es que fueron constituidas las bases de imputación por omisión para los eventos en que no se asuma la cuota de corresponsabilidad que compete a las instituciones públicas.

Sin duda, el Estado como tal debe responder civil o administrativamente por los daños causados y, bien podría conformarse un sistema de penas apropiado a un derecho penal contra las instituciones públicas, que pueden incluir su obligación de reconocimiento público de responsabilidad, la pena pecuniaria y en casos extremos hasta la desaparición de una institución particular, sistema de penas que en la actualidad no existe, pero que puede configurarse.

c) ¿Qué función cumpliría el Estado como institución en materia penal para la protección de los menores?

Definitivamente la función del Estado radica en proteger a la sociedad, en su interior a la familia y al interior de esta a los menores especialmente, para ello debe brindar los mecanismos y condiciones necesarias para que estos se desarrollen y se pueda garantizar de esta forma la efectividad de los derechos de los menores, además de ser el ente encargado de vigilar el cumplimiento de los deberes de cada uno y la real garantía de los derechos de los niños, al ser quien en últimas debe intervenir para suplir las deficiencias de la familia y la sociedad, y quien debe reprimir igualmente las conductas que atenten contra sus derechos, y su integridad como niño.

Entonces, se predica la obligación de crear políticas públicas para evitar la violación de derechos de los menores, para que con las mismas se les brinden las herramientas e instrumentos necesarios a la familia y la sociedad para su desarrollo y el consecuente desarrollo del menor. Además, al ser el Estado el encargado de vigilar todo el proceso de corresponsabilidad debe estar atento a investigar y sancionar las conductas atentatorias contra el menor sus derechos, y debe reestablecerlos. Pero definitivamente si debe suplir las necesidades en caso de no estar en capacidad de hacerlo la familia y la sociedad, este punto debe reglamentarse, así como urge crear las medidas apropiadas para que esto sea real.

d) Otro de los interrogantes que surgen es: ¿podría ser necesaria una reglamentación que especialice más los delitos o los agrave teniendo en cuenta que los menores prevalecen y tienen un trato especial?

Tal sería la tendencia si se consideran textos normativos posteriores a la Ley 1098 de 2006, como por ejemplo la Ley 1142 de 2007 que modificó el Código Penal y el de Procedimiento Penal, como también el texto conciliado sobre pequeñas causas. Por demás, sí podría considerarse como necesario, ya que sólo algunos delitos consagran algún tipo de agravación cuando la víctima es el menor y, definitivamente deben ser todos los delitos que se cometan contra los menores los que requieren tal agravación. En tipos como las lesiones personales y, en general, en cualquier delito se debe agravar cuando se cometen contra menores, teniendo en cuenta el trato especial que merecen, el interés superior del menor, la prevalencia de sus derechos, y su condición de indefensión por su capacidad tanto mental como psicológica. Sin embargo esto se solucionó en algunos delitos al no permitir ningún beneficio.

## BIBLIOGRAFIA

AFTALION, Enrique GARCIA OLANO Fernando y VILANOVA, Jose. Introducción al Derecho. Buenos Aires: Cooperadora de derecho y Ciencias Sociales. 1975. P. 972.

ALFONSO GÓMEZ MENDEZ. Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Penal, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 1998,

ARRIAGADA, Irma. Políticas Sociales Familia y Trabajo en la América Latina de fin de siglo. Cepal Comisión Económica Para América Latina Y El Caribe. . Series Políticas Sociales No. 21. Publicación de las Naciones Unidas. Santiago de Chile, 1997.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política Colombiana de 1991.

BELING Ernest Esquema del Derecho Penal, Buenos Aires. Ed. Desalma.1944

BIDART CAMPO, German. Las obligaciones en el derecho constitucional. Buenos Aires: Ediar. 1987. P. 9 y 113.

BONFANTE, Pedro. Instituciones de Derecho Romano. Madrid: Instituto editorial Reus: 1.965. p. 179.

BUSTOS RAMÍREZ Juan y HORMAZABAL MALARREE. Lecciones de derecho Penal. Madrid. Edit Trotta. S. A. 1999.

CANCINO Antonio José. Compilador. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano.

CEREZO MIR José. Curso de Derecho Penal español. Parte General. Tomo II. 6 Ed. Edit Tecnos S.A. Madrid 1978

CHACÓN JIMÉNEZ Francisco. Una Aproximación a la Historia de la Familia en España a Través de las Fuentes Bibliográficas Durante el Siglo XX, en Sin distancias. Familia y Tendencias Historiográficas en el Siglo XX. Universidad de Murcia-Universidad Externado de Colombia. 2003. Página 64.

CILLERO, Miguel. El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño, en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA.

Santa Fe de Bogota: Buenos Aires: Editorial Temis, Ediciones Depalma. 1998. p. 78.

CÓDIGO PENAL COLOMBIANO. Parte Especial. Volumen III. Colección Pequeño Foro

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1098 de 2006.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 de 2000.

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco. Derechos Sociales. Teoría e Ideología, Madrid, Tecnos, 1994

CONTRERAS PELÁEZ, Francisco. Derechos Sociales. Teoría e Ideología, Madrid: Tecnos, 1994.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969

CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1989. Entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. C-174/96 Magistrada Ponente Dra. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano

\_\_\_\_\_. Sentencia C-225-95 Magistrado Ponente: Alejandro Martínez

\_\_\_\_\_.Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz Magistrado Ponente de la sentencia T-3038-1992

\_\_\_\_\_. Sentencia- 019-93, Magistrado Ponente Dr. Ciro Angarita Barón

\_\_\_\_\_. Sentencia C 019-93 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón

\_\_\_\_\_. Sentencia C 041-94 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

\_\_\_\_\_.Sentencia C- 1068-03 Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentarúa

\_\_\_\_\_. Sentencia C- 251 de 11 de abril de 2002. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynnet y Clara Inés Vargas De Hernández

\_\_\_\_\_. Sentencia C- C-059/05, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

\_\_\_\_\_. Sentencia C-059/05, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández

\_\_\_\_\_. Sentencia C-191-98 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-225-95 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. Sentencia C-237/97. Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

\_\_\_\_\_. Sentencia C-358-97 Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

\_\_\_\_\_. Sentencia C-578-95 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz,

\_\_\_\_\_. Sentencia T-3038-1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

\_\_\_\_\_. Sentencia T-3038-1992. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

\_\_\_\_\_. Sentencia T-505 de 1992. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

\_\_\_\_\_. Sentencia T-531. Sala Segunda de Revisión. Magistrado Ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

\_\_\_\_\_. T-1008-04 Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería,

\_\_\_\_\_. T-1061-04 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

\_\_\_\_\_. Sentencia de casación del 4 de abril de 2003, Rad. 12742, M. P.: ALVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

DECRETO 2737 DE 1989. CÓDIGO DEL MENOR

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Vigésima primera edición. Tomo II. 1992. Editorial Espasa. Madrid. España

DNP – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Familias Colombianas: Estrategias Frente al Riesgo. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Misión Social. Alfaomega Colombiana S.A. 2002.

DUGUIT, León. La Transformación de Estado. Madrid: Francisco Beltrán Librería Española y extranjera

\_\_\_\_\_. Manual de derecho Constitucional, Madrid, Francisco Beltrán. Librería Española y extranjera, 1926

EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET “estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs” en El Funcionalismo en Derecho Penal,

FERNANDEZ CARRASQUILLA Juan. Derecho Penal fundamental. Bogotá. Temis. 1989. Tomo II.

FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos. El delito de omisión en el nuevo código penal. Ediciones Rosaritas. Legis Editores S.A. 2002

GACETA CONSTITUCIONAL. Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y Minusválidos" No. 85.

GALLAS W La teoría del delito en su momento actual. Trad. Córdoba Roa Juan. Barcelona 1959

GARCIA MENDEZ, Emilio. Foro en el "1er. Encuentro de jueces y procuradores de menores de Venezuela" realizado el día 06 de diciembre de 1996 en la ciudad de Caracas, Venezuela.

GÓMEZ MENDEZ, Alfonso Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Penal, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 1998.

GÓMEZ VELÁSQUEZ, Gustavo, Delitos Contra la Asistencia Familiar, Editorial Temis, 1973,

GRIMAL, Pierre. la civilización romana. vida, costumbres, leyes, artes. Paidós. 1999.

GUNTHER, Jakobs. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid. España: Universidad de Extremadura. Jurídicas. 1995. p. 538

HELLER, Hermann. Teoría del Estado, México, Fono de Cultura Económica, 1987, pp. 219 y 220 y citado por ANTONIO JOSÉ CANCINO. Compilador. Universidad Externado de Colombia. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano.

HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. ED. DILT. 2 ED. Lima. 1987.

JAKOBS, Günther Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid España. Universidad de Extremadura. Jurídicas. 1995

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Introducción al problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Separata de la Revista Jurídica, Buenos Aires, 1962.

LEY 1098 DE 2006.

LEY 599 DE 2000.

LOPEZ, Tejeiro. Teoría general de niñez y adolescencia, Editado por UNICEF-Colombia 1998.

LOPÉZ, Claudia. Introducción a la teoría de la imputación objetiva. Bogotá. Departamento de publicaciones Universidad Externado de Colombia. 1996.

MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992.

MIR PUIG Santiago. Derecho penal. Parte general. Carta edición. Barcelona 1996

MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo. Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. En: El Funcionalismo en Derecho Penal.

MONTEALEGRE LYNNET, Eduardo y VARGAS DE HERNÁNDEZ, Clara Inés. Corte Constitucional. Sentencia C- 251 de 11 de abril de 2002.

ORDÓÑEZ GÓMEZ Myriam. Tipos de Familia y Trabajo en Colombia. En IV Conferencia Iberoamericana Sobre Familia. Desempleo, Subempleo, Condiciones de Trabajo y Calidad de Vida. Universidad Externado de Colombia. N° 3. 1997.

ORGANIZACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS. El papel de la familia en la protección social en América Latina . División de Desarrollo Social .Guillermo Sunkel. Publicación de las Naciones unidas División de Desarrollo Social. Santiago de Chile, abril de 2006

\_\_\_\_\_. . Informe Final del Comité para los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. Octubre 16 de 2000.

PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho penal. Parte General. Parte Especial. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Sexta Edición. 2002.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. “Dos cuestiones actuales del delito de omisión” en el Funcionalismo en derecho penal, Bogotá: Universidad Externado De Colombia. 2003.

\_\_\_\_\_. El delito de Comisión por omisión en el Nuevo código Penal colombiano. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y filosofía del derecho. Bogotá. 2001

PÉREZ LUIS CARLOS. Tratado de Derecho Penal. T. V. Bogotá. Edit Temis, 1974.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Respuesta del gobierno de Colombia a las observaciones contenidas en el cuestionario del comité sobre los derechos del niño, relativo a la aplicación de la convención sobre la materia. Septiembre de 1998.

PRICE COHEN, Cynthia. The Developing Jurisprudence of the Rights of the Child, St. Thomas Law Review, Vol. 6, 1993. (Traducción de la Comisión)

PRIETO SÁNCHEZ, LUIS. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990,

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. La Reforma al Sistema Penal, Bogotá, 1999.

PROYECTO DE LEY ESTATORIA NO. 085 DE 2005. Cámara 215 de 2005 Senado “Por la cual se expide la Ley para la Infancia y la Adolescencia.

PUIG, PEÑA Federico. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955.

REYES ECHANDÍA Alfonso. Delitos Contra la Asistencia Familiar. Universidad Externado de Colombia. 1969.

RODRÍGUEZ, Javier. La corte Constitucional y el control de constitucionalidad. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá 2.004.

ROIG, Rafael de Asis. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Madrid: Debate, 1992.

ROXIN Claus. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Tratado MUÑOZ CONDE Francisco Bosh Barcelona 1972

RUBIO LLORENTE, Francisco. Bloque de Constitucionalidad. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Vol. III, año 9, no. 27, (septiembre-diciembre 1989)

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Penal fundada en los principios Constitucionales con orientación a las consecuencias, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2000

SANCHEZ SILVA Jesús Maria. El delito de omisión concepto y sistema JM BOSH Barcelona 1996

SÁNCHEZ, Luis Prieto. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Debate. 1990.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. El delito de Omisión Concepto y Sistema. Barcelona: Bosh. 1936.

SUNKEL, Guillermo. El papel de la familia en la protección social en América Latina. Documento electrónico PDF. Santiago de Chile. Chile. 2006. p. 207

TEJEIRO LÓPEZ Carlos Enrique, Teoría general de niñez y adolescencia, (1998), p, 65, editado por UNICEF-Colombia

TOBO RODRÍGUEZ, Javier. La corte Constitucional y el control de constitucionalidad. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá: 2.004. P. 182.

TOCORA, Luis Fernando. Derecho Penal Especial II edición, Bogotá: Ediciones Librería del Profesional. 1984.

URBANO MARTINEZ, José. Los delitos Omisivos en el nuevo Código Penal. En: memorias XXIII Jornadas Internacionales de Derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001

VELÁSQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Bogotá. Temis S.A.

VOLTERRA, Eduardo. Instituciones de derecho privado romano. Editorial Civitas S.A. 1.986.