



DEBATES  
CONTEMPORÁNEOS  
EN DERECHO DE  
FAMILIAS, DE  
INFANCIAS Y DE  
ADOLESCENCIAS.  
DESAFÍOS Y REALIDADES

**Compiladores/Coordinadores**  
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría  
Ana María Roldán Villa

DEBATES  
CONTEMPORÁNEOS  
EN DERECHO DE  
FAMILIAS, DE  
INFANCIAS Y DE  
ADOLESCENCIAS.

DESAFÍOS Y REALIDADES

**Compiladores/Coordinadores**

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Ana María Roldán Villa

**Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias. Desafíos y realidades/** Gladys Rocío Ariza Sosa, Juan Jacobo Agudelo Galeano, Dora Cecilia Saldarriaga Grisales, Anyela Alejandra Vanegas Arango, Luisa Alejandra Saldarriaga Quintero, Elvigia Cardona Zuleta, Ana Patricia Pabón Mantilla, Javier Orlando Aguirre Román, Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Carolina Restrepo Múnera, María Clara Castro Restrepo, Lina Marcela Estrada Jaramillo, Natalia Andrea Alzate Alzate, Juan Guillermo Espinal Barrientos; compiladores, Jorge Eduardo Vásquez Santamaría, Ana María Roldán Villa. — Medellín: Universidad Católica Luis Amigó, 2021  
140 p.

RELACIONES DE PAREJA; VIOLENCIA FAMILIAR; VIOLENCIA CONYUGAL; PRUEBA (DERECHO); ESPOSAS MALTRATADAS; EDUCACIÓN CÍVICA; DEMOCRACIA; DISCRIMINACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA; JUSTICIA AMBIENTAL; RECONOCIMIENTO DE HIJOS; DERECHO SUCESORIO; ADOLESCENTES INMIGRANTES; VÍCTIMAS DE CRÍMENES; NIÑOS EN LA GUERRA; Ariza Sosa, Gladys Rocío; Agudelo Galeano, Juan Jacobo; Saldarriaga Grisales, Dora Cecilia; Vanegas Arango, Anyela Alejandra; Saldarriaga Quintero, Luisa Alejandra; Cardona Zuleta, Elvigia; Pabón Mantilla, Ana Patricia; Aguirre Román, Javier Orlando; Vásquez Santamaría, Jorge Eduardo; Restrepo Múnera, Carolina; Castro Restrepo, María Clara; Estrada Jaramillo, Lina Marcela; Alzate Alzate, Natalia Andrea; Espinal Barrientos, Juan Guillermo; Roldán Villa, Ana María

DEBATES CONTEMPORÁNEOS EN DERECHO DE FAMILIAS, DE INFANCIAS Y DE ADOLESCENCIAS. DESAFÍOS Y REALIDADES

© Universidad Católica Luis Amigó  
Transversal 51A 67B 90. Medellín, Antioquia-Colombia  
Tel: (604) 448 76 66  
www.ucatolicaluisamigo.edu.co – fondo.editorial@amigo.edu.co

**ISBN (Versión digital):**  
978-958-8943-74-9

**Fecha de edición:**  
26 de noviembre de 2021

**Compiladores/Coordinadores**  
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría / Ana María Roldán Villa

**Autores:**  
Gladys Rocío Ariza Sosa  
Juan Jacobo Agudelo Galeano  
Dora Cecilia Saldarriaga Grisales  
Anyela Alejandra Vargas Arango  
Luisa Alejandra Saldarriaga  
Anyela Alejandra Vanegas Arango  
Luisa Alejandra Saldarriaga Quintero  
Javier Orlando Aguirre Román  
Jorge Eduardo Vásquez Santamaría  
Carolina Restrepo Múnera  
María Clara Castro Restrepo  
Lina Marcela Estrada Jaramillo  
Natalia Andrea Alzate Alzate  
Juan Guillermo Espinal Barrientos

**Prologuista:**  
Miguel Ángel Montoya Sánchez

**Corrección de estilo:**  
Luis Fernando Quiroz Jiménez

**Directora de la colección:**  
Ana María Roldán Villa

**Diagramación y diseño:**  
Arbey David Zuluaga Yarce

**Edición:**  
Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó

**Jefe Fondo Editorial:**  
Carolina Orrego Moscoso

**Evaluación de contenido:**  
Esta obra ha sido evaluada por pares, aprobada por el Consejo Editorial de la Universidad Católica Luis Amigó y editada bajo procedimientos que garantizan su normalización.

Hecho en Colombia / Made in Colombia  
Publicación financiada por la Universidad Católica Luis Amigó.

Los autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor; por tanto, no comprometen en ningún sentido a la Universidad Católica Luis Amigó.

**Declaración conflictos de interés:**  
Los autores de esta publicación declaran la inexistencia de conflictos de interés de cualquier índole con instituciones o asociaciones comerciales.

Esta publicación cumple con el depósito legal en los términos de la normativa colombiana (Ley 44 de 1993, Decreto reglamentario No. 460 de marzo 16 de 1995, y demás normas existentes).

**Para citar este libro siguiendo las indicaciones de la cuarta edición en español de APA:**  
Vásquez Santamaría, J. E., & Roldán Villa, A. M. (Comps.). (2021). *Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias. Desafíos y realidades*. Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó. [https://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/713\\_Debates\\_contemporaneos\\_en\\_derecho\\_de\\_familias\\_de\\_infancias\\_y\\_de\\_adolescencias.pdf](https://www.funlam.edu.co/uploads/fondoeditorial/713_Debates_contemporaneos_en_derecho_de_familias_de_infancias_y_de_adolescencias.pdf)



# DEDICATORIA

---

A Manolo, excepcional académico y amigo, cuya contribución fortaleció los vínculos entre la universidad ibérica y latinoamericana a través de sus valiosos aportes a la Filosofía del Derecho y la Sociología Jurídica.

En memoria de Juan Guillermo Espinal Barrientos, abogado, escritor y poeta.

# ÍNDICE GENERAL

Págs.

## PRÓLOGO

Miguel Ángel Montoya Sánchez

## TEXTOS DERIVADOS DE INVESTIGACIÓN

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS TRANSFORMACIONES EN LAS PAREJAS  
CONTEMPORÁNEAS EN COLOMBIA 12

Gladys Rocío Ariza Sosa

Juan Jacobo Agudelo Galeano

Dora Cecilia Saldarriaga Grisales

Anyela Alejandra Vanegas Arango

Luisa Alejandra Saldarriaga Quintero

LAS PRUEBAS EN DERECHO DE FAMILIA, INFANCIA Y ADOLESCENCIA DESDE UN ENFOQUE DE  
EQUIDAD DE GÉNERO PARA LAS MUJERES 31

Elvigia Cardona Zuleta

MODELOS DE DEMOCRACIA Y ESCUELA: EL PAPEL DE LA EDUCACIÓN EN LA FORMACIÓN  
PARA LA CIUDADANÍA DE NIÑOS, NIÑAS, Y ADOLESCENTES 51

Ana Patricia Pabón Mantilla

Javier Orlando Aguirre Román

CONTRIBUCIONES A LOS CAMBIOS PARADIGMÁTICOS DEL DERECHO AMBIENTAL A PARTIR  
DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA 66

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Carolina Restrepo Múnera

RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS Y SUCESORALES A LOS HIJOS DE  
CRIANZA EN COLOMBIA 94

María Clara Castro Restrepo

Lina Marcela Estrada Jaramillo

LA SUBJETIVIDAD DE LA NIÑEZ MIGRANTE: UNA MIRADA CRÍTICA Y CULTURAL 112

Natalia Andrea Alzate Alzate

COLOMBIA, EL INFIERNO DE LOS NIÑOS DE LA VIOLENCIA 126

Juan Guillermo Espinal Barrientos

# PRÓLOGO

---

Miguel Ángel Montoya Sánchez\*

¿La familia ha muerto? Así como la semilla no llega a ser fruto sin pasar bajo tierra un determinado tiempo, nada que haya de ser transformado lo podrá ser si no muere primero.

Lo que hasta hace poco se concebía como la familia hoy se ha expandido en tantas formas de leerla que, para muchos, ya no es la misma y, para otros, ha muerto. Ya no basta solamente con estudiarla en los libros de texto, sino que se hace necesario, más que aquello, apreciarla en los hechos de la realidad e investigarla, para comprenderla en todas sus dimensiones.

El actor principal de tan inmensurable obra, creada con el fin primordial de la procreación, ya no se adivina en sus primeras páginas. Hasta hace solo unos lustros, quien decidía conformar familia se atenía a lo que había visto en la de sus padres o a lo que le habían instruido en la tarea de unir su vida a otro. La apreciación de su propia vida y la del otro, en la unión que guiaba su propósito común, le señalaba que debía hacerse bajo esos mismos parámetros, y estos, a su vez, se siguen soportando básicamente en la tradición y en las normas, que, en buena medida, se circunscriben a esa misma tradición. Así, pues, la familia conformada por el matrimonio, gobernada por el querer y el poder del hombre y fundada en la generación de la prole, ya hoy no es la misma.

El aporte que a efectos de esta obra hace cada uno de los autores agrega a las páginas del derecho de familia, de la infancia y de la adolescencia una lectura especial, una que arroja luces a propios y extraños, a noveles y a entendidos en temas que siguen y seguirán siendo vigentes en el derecho. Como en un trabajo de relojería fina, cada uno dispone de un componente diferente, de una pieza especial y única en su creación, pero que, al dejarse examinar, compone un mecanismo de comprensión pleno y complejo. Y complejo precisamente porque, así como la familia, el derecho es vivo y no deja de transformarse en su ser y en su quehacer.

---

\* Abogado, magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia y especialista en Derecho de Familia. Coordinador del área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Sobre las transformaciones contemporáneas en las parejas, el texto resalta en su primer trabajo la afectividad, en la idea de abordar, desde lo jurídico, las violencias que afectan los vínculos de familia. Esta contribución tiene tres momentos: el primero analiza la configuración y transformación de las relaciones de pareja y las violencias basadas en género derivadas de dichas conformaciones de familia; seguidamente, presenta un análisis sobre la violencia intrafamiliar como tipo penal aplicable en Colombia a este tipo de violencias y termina con una reflexión sobre la análoga relación de afectividad y violencia; plantea, además, condiciones para una política criminal integral que aborde estos posibles escenarios.

Desde el enfoque de equidad de género para las mujeres, la obra se aproxima, en un segundo momento, de forma franca y resuelta, a las preguntas que sobre las pruebas en derecho de familia, infancia y adolescencia se han venido formulando en los procesos de familia en el país. La perspectiva o visión que se propone para responder a la desigualdad que se evidencia en estos procesos —planteada por las asimetrías de las relaciones familiares, en las que la vulnerabilidad de las mujeres, los niños y los adolescentes aún sigue huérfana— posibilita una revisión de los argumentos convencionales y los jurisprudenciales que, a efectos de salvaguardar y garantizar el acceso a la justicia, han venido haciendo los jueces y operadores jurídicos en Colombia. El diseño de investigación cualitativa, con un enfoque teórico guiado por la jurista Alda Facio Montejo y su metodología para analizar el fenómeno jurídico con lentes de género, permite en este trabajo bucear con el tanque lleno en la profundidad de tan complejo tema; máxime en un contexto como el nuestro, en donde sigue imperando la violencia como forma de dominación y de control.

El rol de la formación para la ciudadanía en niños, niñas y adolescentes asoma en tercer lugar en el cuadro de las investigaciones que presenta esta obra. Y dicho tema no deja, por supuesto, de cumplir un papel sumamente importante en el contexto de las investigaciones de índole jurídica y sociojurídica. En este caso, resultado de investigación, se presenta una reflexión acerca de las nociones de democracia que subyacen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional; el capítulo revisa los fallos de tutelas que, ante la sanción por la comisión de conductas prohibidas en manuales de convivencia, dirimen conflictos entre las instituciones escolares y los estudiantes. Las razones de la Corte para la toma de sus decisiones en este ámbito son valoradas en este trabajo desde cuatro enfoques teóricos que tratan sobre la democracia: 1) el mayoritario; 2) el liberal; 3) el deliberativo y 4) el agonístico; concluyendo que esta corporación se acerca, en su ejercicio, a las nociones de democracia deliberativa y agonística. Con base en los hallazgos de dicha investigación, los autores afirman que el papel de la escuela frente a la solución de conflictos debería orientarse hacia la formación de niños, niñas y adolescentes, siguiendo modelos más pluralistas y respetuosos de la autonomía, cimentados en el valor del reconocimiento del otro como interlocutor válido y en el conflicto como oportunidad de crecimiento y de transformación.

Ante el aire difícil de respirar, los autores que prestan su voz en el cuarto trabajo que compone esta obra levantan el manto que cubre de invisibilidad a los niños, niñas y adolescentes en derechos tan fundamentales como ser escuchados y vivir y desarrollarse en un ambiente sano. Por ello, en su aporte titulado “Contribuciones a los cambios paradigmáticos del derecho ambiental a partir del acceso a la justicia de niñas, niños y adolescentes en Colombia”, se aprecia, cual corte de escalpelo, las entrañas de un sistema que declara un importante *dossier* de derechos inherentes a la vida, honra y dignidad de los menores de edad, pero que, en la práctica, tal ejercicio deja mucho que desear: como sujetos propensos a la migración por riesgos sociales y ecológicos, y en el ejercicio de su derecho al acceso a la justicia para la protección de bienes de los que se declaran titulares como generaciones presentes y futuras, se evidencian aún, según lo apuntan los autores, claras muestras de desigualdad y desprotección. ¿Cómo resistir las desigualdades de niños, niñas y adolescentes ante el acceso a la justicia?, ¿o cómo repercuten las desigualdades en el acceso a la justicia en niñas, niños y jóvenes?, y ¿cuáles son los beneficios del adecuado, efectivo e igualitario acceso a la justicia?... Estos son algunos de los interrogantes al respecto de los cuales los autores prestan su voz a quienes han sido privados o limitados en su derecho a ser escuchados, en aras de levantar el estandarte del reconocimiento pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia.

A la familia en Colombia, jurídicamente hablando, se le reconoce en sus múltiples formas de conformación; con todo, en lo que concierne a la denominada “familia por vínculos afectivos” o “familia de crianza”, los derechos derivados en la relación de quienes la componen aún carecen de regulación legal y, por ende, de reconocimiento general. En el quinto trabajo de esta obra, las autoras del capítulo “Reconocimiento de los derechos hereditarios y sucesorales a los hijos de crianza en Colombia” presentan un análisis de la figura de “familia de crianza”, valiéndose de importantes fallos de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y concluyen que los hijos injertados, por los lazos del afecto, en la familia de crianza se duelen de todo derecho legalmente asignado a los hijos habidos de vínculo consanguíneo o legal. Los efectos de tal hallazgo se delinearán claramente en este escrito; sin embargo, como variadas son las formas de vinculación y de relaciones en la familia, variadas son las formas de revisión y de análisis que este texto deja para el lector.

Por último, se narra de forma crítica la perspectiva cultural latinoamericana en la que se circunscribe la subjetividad de la niñez en condición de migrante. La autora del texto titulado “La subjetividad de la niñez migrante: una mirada crítica y cultural” plasma desde un análisis sociológico, cultural y biopolítico los siguientes tópicos: 1) la ampliación de las conceptualizaciones sobre la niñez en condición de desplazamiento; 2) la revisión de la subjetividad infantil desde lugares no hegemónicos y 3) una propuesta de lectura del fenómeno de desplazamiento forzado que afecta a los niños y niñas en el territorio nacional. La paleta de tonos y de colores en este texto queda servida de forma tal que las miradas que lo abarquen podrán, a su vez, seguir pintando, muy seguramente desde las investigaciones posteriores que el mismo tema exige.

En una descarnada radiografía de los hechos de violencia que el país ha soportado durante décadas, el autor del trabajo titulado “Colombia, el infierno de los niños de la violencia”, séptima contribución del libro, analiza la vulnerabilidad de los niños, niñas, adolescentes y mujeres. Las peores formas de trato, de reclutamiento forzado, de violación de derechos inherentes a toda persona, motivadas por malhadados intereses personales o grupales, son la imagen que se presenta en esta desgarrada pintura, en donde el autor deja en el observador toda posibilidad de apreciación, según las pinceladas con las que, una a una, la plasmó.

Las tendencias colombianas de investigación en derecho de familia, infancia y adolescencia actualmente se circunscriben, en muy buena medida, como logra evidenciarse en cada uno de los trabajos que componen esta obra, en los temas derivados de *los vínculos* y de *las relaciones* de familia. Desde *los vínculos*, por cuanto las temáticas del concepto o conceptualización de la familia, de las formas de conformación de la misma y la filiación, son las que se tratan de manera más frecuente. Al respecto de *las relaciones* de familia, es igualmente reiterado encontrar, como objetivo principal de investigación, las problemáticas en las relaciones de pareja, en las relaciones paterno-filiales y en las fraternales. De estas últimas, se rescatan temáticas como los conflictos y sus formas de resolverlos, las violencias en la familia y las relaciones entre los miembros de la familia y el Estado, y las de la familia en cuanto sujeto colectivo de derechos y el mismo Estado, representado, básicamente, en el Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Todo esto enmarcado, por supuesto, en los principios y la normativa constitucional e internacional y las regulaciones legales, amén de los pronunciamientos jurisprudenciales que han venido alimentado de forma bastante prolífica el entendimiento de la familia en un Estado Social de Derecho como el nuestro.

En relación con las tendencias actuales en investigaciones sobre la familia y sobre el derecho que la regula, valga mencionar al menos dos textos recientes. El primero, “Tendencias de investigaciones sobre la familia en Colombia. Una perspectiva educativa”, surgido de una investigación cualitativa que tuvo por enfoque el fenomenológico-hermenéutico y escrito por Ruth Milena Páez-Martínez, refiere en su estudio un número importante de investigaciones sobre la familia en Colombia durante los últimos años y trata de los siguientes procesos terminados de investigación: el concepto de familia; las características de la familia; el poliformismo familiar; la conformación de la familia; la crianza; la violencia intrafamiliar y la familia en escenarios de conflicto armado. Y el segundo, “Tendencias actuales en el derecho de familia”, compilado por Rocío López San Luis y Ana María Pérez Vallejo, partiendo desde un enfoque teórico-práctico, se remite a los siguientes trabajos de investigación: “El Derecho civil ante las crisis familiares”, “La mediación familiar”, “La protección del menor y discapacitado en distintos ámbitos del Derecho civil y el Derecho penal” y las “Nuevas perspectivas de política criminal en el marco de la familia”.

Así, pues, pudiendo agregar mucho o poco a los tópicos de investigación que resiste la familia y el derecho de familia y a sus múltiples formas de leerla, lo que sí es de considerar, definitivamente, es la historia de la familia de cada uno, independientemente de la familia de todos. *La familia* seguirá siendo lo que *la familia* es, al tiempo que *una familia* será siempre lo que *una familia* es.

Por último, y luego de tener el privilegio de revisar la presente obra y de observar los hilos con los que está tejida, esta no solo invita a que se aprecie detenidamente el corte de la misma, sino que motiva a que se le dé vuelta y se aprecie la costura interior. Y eso es mejor que cada lector lo descubra...



TEXTOS DERIVADOS  
DE INVESTIGACIÓN

# CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LAS TRANSFORMACIONES EN LAS PAREJAS CONTEMPORÁNEAS EN COLOMBIA<sup>1</sup>

Gladys Rocío Ariza Sosa<sup>\*</sup>, Juan Jacobo Agudelo Galeano<sup>\*\*</sup>, Dora Cecilia Saldarriaga Grisales<sup>\*\*\*</sup>, Anyela Alejandra Vanegas Arango<sup>\*\*\*\*</sup>,  
Luisa Alejandra Saldarriaga Quintero<sup>\*\*\*\*\*</sup>

## Resumen

Se pretende reflexionar sobre la transformación que viven las relaciones afectivas de pareja en el mundo contemporáneo y el abordaje jurídico de las violencias que se generan en ellas. En un primer momento se analizan la configuración y la transformación de las relaciones de pareja y las violencias basadas en género que se derivan de esas conformaciones, posteriormente se analiza la violencia intrafamiliar como tipo penal aplicable en Colombia a este tipo de violencias y se finaliza con una reflexión sobre la análoga relación de afectividad y violencia, planteando condiciones para una política criminal integral que aborde estos posibles escenarios.

## Palabras clave

Relaciones de pareja; Violencia de pareja; Violencias huérfanas; Tipos de violencias; Violencia intrafamiliar; Análoga relación de afectividad; Política criminal; Violencia de género; Tipo penal.

<sup>1</sup> Capítulo resultado del programa de investigación "Alianza de trabajo para litigio estratégico en defensa de los derechos humanos de las mujeres: (Segunda Fase)", convocatoria 2019 - 29-000037, financiado por la Universidad Autónoma Latinoamericana en alianza con la Universidad de Antioquia, Universidad de Medellín, Fundación Universitaria Claretiana, Universidad Católica de Oriente, Corporación Colectiva Justicia Mujer y Red Feminista Antimilitarista.

<sup>\*</sup> Docente del Departamento de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia y líder del grupo de investigación Respuesta social en salud. Correo electrónico: gladys.ariza@udea.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1509-6119>.

<sup>\*\*</sup> Coordinador de investigación de la Fundación Universitaria Claretiana y líder del grupo de investigación Humanidades y Estudios Socioculturales. Correo electrónico: investigacionhcr@uniclaretiana.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8480-9752>.

<sup>\*\*\*</sup> Docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana y líder del grupo de investigación Constitucionalismo Crítico y Género. Correo electrónico: dora.saldarriaga@unaula.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9073-2090>.

<sup>\*\*\*\*</sup> Joven investigadora de la Universidad de Medellín e integrante del Grupo de Investigaciones Jurídicas. Correo electrónico: anyeleja@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3126-6218>.

<sup>\*\*\*\*\*</sup> Docente de la Universidad Católica de Oriente, coordinadora clínica jurídica en defensa de los derechos de las mujeres e integrante del Grupo de Investigaciones Jurídicas. Correo electrónico: lsaldarriaga@uco.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8783-3501>.

## Introducción

En este trabajo partimos de un abordaje interdisciplinar de las relaciones de pareja y de las violencias que se generan en ellas; adicionalmente, reconocemos las violencias basadas en género como una pandemia (Mlambo-Ngcuka, 2020). Así las cosas, planteamos cómo las relaciones mediadas por el afecto se ven sometidas a los rigores y exigencias de la contemporaneidad, que ponen en aprietos las representaciones sociales de las personas que sostienen relaciones de pareja y que en algunos casos no tienen recursos para la mediación de estas confrontaciones.

A pesar de los avances normativos, luego de ratificar tratados internacionales que obligan al legislador a adoptar la perspectiva de género, aún siguen latentes vacíos jurídicos que dejan margen de interpretación al operador jurídico, que en muchos casos no está informado o no se interesa en reconocer el enfoque como obligatorio a la hora de administrar justicia, dejando en flagrante peligro a las víctimas de relaciones de pareja que no están reconocidas por el ordenamiento jurídico colombiano.

Sin embargo, la perspectiva de género permite visibilizar cómo la violencia en relaciones de pareja con o sin vocación de permanencia tiene el mismo común dominador, una violencia patriarcal, y cómo este factor no puede quedar al margen en el análisis sobre los diferentes tipos de violencias en cualquier conformación de relación afectiva; de ninguna manera se puede excluir el factor del género de las violencias perpetradas en relaciones que no gocen de reconocimiento civil o religioso. Por esta razón también presentamos, a modo de propuesta, un tipo penal que permite el abordaje jurídico de las violencias en parejas con análoga relación de afectividad.

## Metodología

Realizamos una “revisión narrativa” (Guirao Goris et al., 2008) por medio de una búsqueda sistemática de artículos y capítulos de libros, sin restricción temporal, en Google Académico, Taylor & Francis, Scielo y Redalyc en idiomas español e inglés con los términos: violencia de pareja, abuso *online*, relaciones de pareja, violencia en el noviazgo, *cyberbullying*, ciber-violencia, tipos de violencia y cuarentena. Después de leer los *abstracts*, seleccionamos los textos que finalmente incluimos en las referencias bibliográficas.

## Las relaciones de pareja contemporáneas: entre la ilusión y la fragilidad

Hablar de amor en pareja en la contemporaneidad implica dar cuenta no solo de un período de tiempo en la historia de la humanidad, sino también de cómo las sociedades, en especial las de carácter occidental, han configurado y modificado la estructura de relacionamiento entre individuos por medio de procesos de interacción e intercambio que buscan la satisfacción tanto corporal como sentimental.

Mediante el intercambio afectivo y erótico no solo se propende por la supervivencia de la especie, sino que también se busca una simbiosis con ese otro para no generar sentimientos de incompletitud y aislamiento que van en contravía del ser gregario humano. Por lo tanto, podemos decir que la búsqueda de pareja determina de manera profunda las acciones que realiza un individuo a lo largo de las diferentes etapas de su vida.

Una relación de pareja es una de las formas de vinculación que los seres humanos establecemos a lo largo de nuestra existencia, la diferencia radica, como nos dice Acosta Díaz (2017), en que:

*la pareja [...] requiere de un tipo particular de amor que es a su vez demandante, posesivo y fusional, donde entran en juego las relaciones sexuales, se forman uniones de compromiso y a su vez se generan conflictos del orden del “para otro” y “para sí”[,] los que requieren de un equilibrio entre agresión y solidaridad para poder solucionarse. (p. 8)*

En medio de esa búsqueda, las personas se encuentran en la dicotomía de la consolidación de la pareja como un “uno” y la necesidad de mantener su propia individualidad, ello determinado en gran medida por la etapa de desarrollo en la que se encuentren y por su historia particular, así como por la estructura social de la cual hagan parte. Para el caso de interés, se asumen las estructuras sociales occidentales, donde el papel de los integrantes de las parejas contemporáneas ha cambiado de manera significativa, ubicando de manera específica en las relaciones heterosexuales roles diferentes tanto para el hombre como para la mujer. Según refiere Fernández (2004, como se cita en Blandón-Hincapié y López Serna, 2016):

*La dinámica modernizadora, impulsada[,] por una parte, por la sociedad política y[,] por la otra, por una sociedad civil que se reproduce, mantiene inercias e introduce cambios contrastantes de manera más bien informal [...] dan lugar a rupturas de valores y producen anomia [...] en las nuevas generaciones, pero a su vez proponen nuevas formas de relacionarse. (p. 506)*

Los cambios en el proceso de evolución humana son inevitables, a pesar de las voces opuestas y conservadoras que intentan hacerle contrapeso a los mismos. No obstante dichos cambios, perviven en estas mismas sociedades como ejercicios asimétricos de poder, donde se sigue considerando a las mujeres seres inferiores en relación con la figura del hombre.

## *La configuración de una relación de pareja*

Desde el punto de vista evolutivo, la pareja humana no se diferencia de la de otras especies animales, ya que las fases por las que acontece su desarrollo son las mismas: cortejo, nidificación y crianza. Villegas y Mallor (2012) consideran que las fases se desarrollan de forma sucesiva; las describen de la siguiente forma:

1. Cortejo: Es la fase inicial, donde cada uno de los miembros utiliza diversos mecanismos con el objetivo de “atraer, seducir o conquistar a la persona objeto de elección para la cópula, a fin de llegar a establecer una relación fusional con ella” (p. 99).
2. Nidificación: Durante esta fase uno o ambos miembros asumen la formación de un hogar, lo que implica la adquisición de un lugar para convivir y, de ser posible, criar a los hijos.
3. Crianza: La posible llegada de los hijos a una relación da como resultado la asunción de una serie de roles nuevos, roles que en épocas pretéritas eran considerados inmodificables y deterministas, producto de la estructura patriarcal predominante. No obstante, en la actualidad dichos roles se han difuminado y se intercambian de acuerdo con las necesidades y requerimientos al interior de la pareja.

Más allá de la condición biológica, el proceso de conformación y consolidación de una pareja se determina por la representación que cada miembro tiene en la vida del otro y por la forma en la cual se asume el vínculo establecido. De acuerdo con Cooper y Pinto (2008), a través de la teoría del “triángulo del amor”, Sternberg establece en 1986 que el amor en el marco de una pareja está integrado por tres componentes, que son la intimidad, la pasión y el compromiso. Para el caso de la *intimidad*, los sentimientos de confianza, cercanía y preocupación por el otro consolidan la conexión en el vínculo; la *pasión* se expresaría a través del deseo y la unión sexual y, por último, en el *compromiso* se asume la postura no solo de amar a ese otro, sino también de estar juntos, a pesar de los vaivenes a los cuales se vea sujeta la relación. Las formas en las que interactúan los componentes darán como resultado diversos tipos de relación de pareja, teniendo presente que cada uno de los integrantes puede asumir la idea del amor de manera diferente, dando como resultado tipos de relación que van desde el cariño hasta el amor consumado.

De igual forma, las actitudes asumidas por cada uno de los miembros de la pareja dan como resultado la configuración de diversas formas de vinculación entre ellos. De acuerdo con Lascurain Wais *et al.* (2017), John Alan Lee, psicólogo social, elabora en 1973 una tipología de estilos de amor, en la que, retomando a Platón, establece tres representaciones: *Eros*, *Storge* y *Ludus*, a las que denomina arquetipos primarios y de las que posteriormente se desprenden los arquetipos secundarios: *Manía*, *Ágape* y *Pragma*.

*Eros*, descrito como un amor pasional o romántico; *Storge*, entendido como el amor amistoso basado en la intimidad y el cariño; y *Ludus*, que sería un amor lúdico, manipulador y de poca implicación emocional. Adicionalmente, a partir de la mezcla o combinación de estos tres estilos, surgen otros tres tipos de amor: la *Manía*, entendida como un amor obsesivo y posesivo que surge de la combinación de *Eros* y *Ludus*; el *Pragma*, que lleva a la búsqueda lógica y racional de la pareja compatible ideal, y que se establece a partir de la mezcla entre *Ludus* y *Storge*; y el *Ágape*, entendido como un amor altruista de entrega total a la pareja, y que se constituye por la mezcla de *Eros* y *Storge*. (Lascurain Wais et al., 2017, p. 271)

## *Las relaciones de pareja en la contemporaneidad*

La figura del “Homo Eligens”, descrita por Baumann (2000) en su texto *Modernidad Líquida*, da cuenta de individuos que en el mundo contemporáneo están sujetos a una continua indefinición y sensación de incompletitud, que los lleva a una búsqueda constante de aquello que los complemente y los complete. El continuo estado de insatisfacción, producto de la sociedad capitalista, da como resultado efectos sobre la forma en la que el individuo establece vínculos con otras personas, en especial en cuanto a las relaciones de pareja, haciéndolas frágiles, inestables y vacías.

Es por esto que el sistema vincular de una relación de pareja basada en la idea del amor se ve abocado a nuevas formas de configuración, que conviven en la contemporaneidad con estructuras anteriores, dando como resultado una confrontación entre generaciones por los valores tradicionales y los nuevos, que buscan legitimidad y reconocimiento. Tal como lo refiere Lipovetsky (2000, como se cita en Acosta Díaz, 2017), el paso de la modernidad a la contemporaneidad implica cambios también en los paradigmas vigentes, cambios que permiten la aceptación de nuevas formas de vida y de relacionamiento:

Ruptura aquí, continuidad allá, la noción de sociedad posmoderna no expresa otra cosa: concluida una fase, aparece otra nueva, unida, por lazos más complejos de lo que parecen a primera vista [...]. La edad moderna estaba obsesionada por la producción y la revolución, la edad posmoderna lo está por la información y la expresión. (p. 33)

Las relaciones de pareja en la contemporaneidad se encuentran en un conflicto entre la necesidad del otro, la cual conlleva dependencia y compromiso, y la individualidad, que se soporta en la primacía de la libertad, la independencia y la búsqueda hedonista del placer. Como lo manifiesta Acosta Díaz (2017):

De estos conflictos surgen nuevas conductas en los sujetos[,] que se expresan a través de la indiferencia, el desinterés por el otro, una negativa a comprometerse en cualquier relación, un empobrecimiento de la vida afectiva y sexual, una multiplicación de vínculos indiferenciados. (p. 33)

Las formas de interacción más efímeras y menos estables en las relaciones de pareja contemporáneas han dado como resultado nuevos tipos de pareja, que tanto en el espacio de lo privado como en el de lo público se representan, se comunican y se vinculan de manera diferente a como se hacía en épocas pretéritas. Para el caso de los jóvenes, dichos cambios son más evidentes, no solo en cuanto a la estructura de la relación, que asume características como apertura, ausencia de exclusividad, opción de tener varias parejas, sin distingo de género, sin compromiso y con una finalidad enfocada en el hedonismo; sino que dichos cambios también son más evidentes en cuanto a la forma en la cual se les nombra, evitando asumir la postura de una relación exclusiva y comprometida en materia sexual y afectiva, otorgándole nombres en función del nivel del compromiso y los derechos adquiridos que haya en cada caso, tales como: relaciones abiertas, amigovios, amigos con derechos, flexisexuales, relación híbrida, entre otros nombres. Aunque también es de señalar que en ámbitos más coloquiales, y de acuerdo con la región de Colombia, podemos encontrar denominaciones más subjetivas, como flete, mane o culito.

Infortunadamente, y a pesar de los avances normativos, las luchas sociales y los cambios socioculturales en torno a las relaciones de pareja heterosexual, la manifestación de la violencia al interior de estas sigue siendo un tema que inquieta tanto a las autoridades gubernamentales como a los diversos actores sociales. Las cifras y eventos acaecidos dan cuenta de un fenómeno concreto: la estructura patriarcal y la asimetría de poder producto de esta estructura siguen vigentes y se sigue considerando a la mujer como un ser sujeto a la voluntad del hombre, incluso en las formas de relación contemporáneas, tanto en el espacio de lo privado como en el de lo público.

## Violencias en las relaciones de pareja contemporáneas

Las parejas contemporáneas, como ya se ha expresado, presentan cada vez en mayor proporción tendencias a ser transitorias y contingentes (Blandón-Hincapié y López-Serna, 2016). Sin embargo, tanto en las parejas tradicionales (matrimonios, uniones estables y noviazgos) como en las transitorias continúan observándose violencias de tipo físico, psicológico, sexual, económico y patrimonial (Martínez Gómez et al., 2016). Si bien el patriarcado ha sido denunciado por sus imposiciones a la fuerza y amplia distribución, él continúa con el desarrollo de formas para someter a las mujeres (Segato, 2003). Asimismo, dado el amplio uso de las nuevas tecnologías, estas violencias en el siglo XXI se ejercen también mediante el uso de los teléfonos inteligentes y las redes sociales digitales (Gámez-Guadix et al., 2018). Incluso se ha documentado *ciberbullying*, acoso y abuso *online* en las relaciones de pareja (Peña Cárdenas et al., 2018; Harder et al., 2020).

En Colombia, el Instituto Nacional de Medicina Legal (INML) (2019, pp. 202-224) reportó para 2018 estas tasas de violencia de pareja: 34,26 hombres víctimas por cada 100.000 habitantes, en contraste con 203,50 mujeres víctimas por cada 100.000 habitantes. Los hombres víctimas de esta violencia fueron agredidos por su compañera permanente en el 55,7 % de los casos, por su excompañera permanente en el 36,2 %, por su exnovia en el 3,8 %, por su novia en el 3,4 %, por su examante en el 0,6 % y por su amante en el 0,3 %. En cuanto al presunto agresor de las mujeres, fue el compañero permanente en el 56,5 % de los casos, el excompañero permanente en el 34,5 %, el exnovio en el 4,7 %, el novio en el 3,8 %, el amante en el 0,2 % y el examante en el 0,2 %. Al respecto de las edades de las víctimas, 49,24 % de los casos fueron registrados en parejas conformadas por adolescentes y jóvenes, es decir, por personas entre los 10 y 29 años.

El tipo de violencia de pareja que más se registra en el INML (2019, pp. 205-206) es la física, de modo tal que en 2018 el 67,87 % de agresiones contra las mujeres fueron propinadas con un mecanismo contundente, y un 24 %, con mecanismo múltiple, pero también se reportaron 6.612 casos de mujeres agredidas con un elemento o mecanismo sin determinar.

En cuanto a las mujeres a quienes se les practicaron exámenes médico-legales por presunto delito sexual en 2018, de 1.768 mujeres, es decir, del 8,5 % de los casos de mujeres, el presunto agresor fue la pareja o expareja (INML, 2019, p. 240). Según la circunstancia del hecho, se reportan 97 casos de mujeres víctimas por violencia de pareja, como también 17 mujeres y 6 hombres víctimas de contacto engañoso vía internet (INML, 2019, p. 241).

En la revisión efectuada no encontramos estadísticas de violencia económica y patrimonial en las relaciones de pareja, quizás por su reciente introducción en el ámbito jurídico y social.

Por otro lado, la Fiscalía General de la Nación (2019), en reporte publicado el 21 de noviembre de 2019, señala que en Colombia, “desde la expedición de la Ley 1761 de 2015 [hasta] 31 de diciembre de 2018[,] el reporte de mujeres asesinadas es de 3.419”. Y añade que, “de estos casos, en 522 el homicida fue su pareja o expareja sentimental. Y en 470 casos, las víctimas tenían entre 0 y 17 años”.

El INML (2019, p. 241) no especificó si algunos de los casos de contacto engañoso vía internet reportados en 2018 se presentaron en el contexto de las relaciones de pareja, pero dados los reportes de otros países, es de presumir que en Colombia también se presentan estos casos de ciberacoso en las relaciones de pareja. Martínez Gómez *et al.* (2016, pp. 104-108), en una muestra de 589 estudiantes de entre 12 y 22 años, de tres colegios públicos de la ciudad colombiana de Tunja, reportaron que un 29 % admitió que su pareja “le llamó varias veces al día para averiguar qué estaba haciendo”.

Ineludible señalar que en el 2020, en el contexto de la pandemia mundial por Covid-19, se han implementado confinamientos en gran parte del mundo, lo cual ha aumentado las tensiones en las parejas que conviven o en las que están separadas; ello ha incrementado, a su vez, las cifras de violencia en las relaciones de pareja, lo cual se ha evidenciado en los reportes de feminicidios y de llamadas a las líneas de ayuda. La situación es tan grave que la Agencia de Salud Sexual y Reproductiva de las Naciones Unidas (UNFPA) estimó que si las cuarentenas continúan, en el segundo semestre de 2020 se pueden presentar 31 millones de casos adicionales de violencia doméstica en todo el planeta (Deutsche Welle, 2020), lo cual lleva a señalar esta violencia como “la otra pandemia” (Mlambo-Ngcuka, 2020).

## Violencia intrafamiliar y lesiones personales: dimensiones jurídicas y sociales para los derechos de las mujeres

La violencia intrafamiliar ha sido definida por el artículo 4 de la Ley 294 de 1996 como “el acto donde cualquier persona dentro de su contexto familiar es víctima de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar”; asimismo, la Ley 599 de 2000 la tipifica en su artículo 229 como sigue: “El que maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro de su núcleo familiar, incurrirá, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor, en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años”.

PARÁGRAFO. A la misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo. (Congreso de la República, 2000)

En principio, la Corte Constitucional determinó que para efectos de la aplicación de la Ley 294 de 1996, integrarían la familia:

i) Los cónyuges o compañeros permanentes; ii) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar; iii) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos y iv) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica. [artículo 1]

Además, también es claro que la Corte Constitucional ha realizado numerosos pronunciamientos ampliando la interpretación del concepto de familia.

Pese a todo esto, tanto en la Ley 599/00 como en la Ley 294/96 las nociones de “grupo familiar” o de “núcleo familiar” han sido un obstáculo para proteger la vida de las mujeres, priorizando una interpretación restrictiva sobre estos conceptos y aplicándose tipos penales o, en general, leyes menos favorables para la garantía de los derechos de las mujeres, como lesiones personales o la conducta contravencional de desorden doméstico, establecida en el capítulo II del Código de convivencia ciudadana para el departamento de Antioquia (Ordenanza 018 de 2002). Tal es el caso del pronunciamiento realizado por la sala penal de la Corte Suprema de Justicia en junio de 2017, a través de la Sentencia SP8064-2017 con radicado 48047; en ella determina que las agresiones del exesposo, excompañero o padre de hijos en común, dejaría de ser delito en el marco de la violencia intrafamiliar para convertirse en lesiones personales:

Afirmar que una vez cesa la convivencia entre cónyuges o compañeros permanentes se mantiene entre ellos el “núcleo familiar” cuando tienen un hijo común menor de edad, comporta una ficción ajena al derecho penal [...] si el núcleo supone unión y conjunción, se desvirtúa y pierde su esencia cuando hay desunión o disyunción entre sus integrantes. (Corte Suprema de Justicia, 2017, pp. 18-19)

Esta decisión, a todas luces, desconoce el precedente jurisprudencial favorable sobre el tema, no solo de otras sentencias de la misma Corte Suprema de Justicia, sino también de otras de la Corte Constitucional, que a través de criterios de interpretación acordes a los tratados internacionales ratificados por Colombia, había generado una mirada amplia y progresista sobre el concepto de familia. Además, dentro de las consecuencias jurídicas de este pronunciamiento se encuentra el tratamiento de las violencias contra las mujeres como querellables, desistibles y conciliables:

[...] la mujer y la sociedad quedarán expuestas, entre otras cosas, a que se subvalore y subregistre la violencia intrafamiliar (VIF), epidemia de salud pública en Colombia; que precluyan muchos procesos de investigación por VIF y se suspendan órdenes de captura en curso (la sanción penal es menor por lesiones personales que por VIF); que no procedan medidas de aseguramiento por este delito y se exija denuncia (hoy se adelanta de manera oficiosa), y en cambio se le dé tratamiento de querellable, desistible y conciliable; que las mujeres no tendrán acceso al tratamiento integral en salud como víctimas de VIF y, en conclusión, que se pone en riesgo de feminicidio a miles de mujeres al negarles el acceso a mecanismos idóneos para acceder a protección y justicia. (Gómez, 2017)

Sin duda, esta es una decisión regresiva en materia de derechos humanos de las mujeres y pone en evidencia, una vez más, que los mandatos reiterativos por parte de la Corte Constitucional de formar a funcionarios y funcionarias en la aplicación de la perspectiva de género en sus fallos es urgente. Además, se desconoce el alcance diferencial de las conductas de lesiones personales y violencia intrafamiliar: en la primera tanto el sujeto activo como el pasivo pueden ser cualquier persona, el bien jurídico tutelado es la integridad personal y el verbo rector es causar daño en el cuerpo o en la salud, mientras que en la segunda existe un sujeto activo y otro pasivo que son calificados y el verbo rector tiene un mayor alcance, acorde con lo definido por la Ley 1257 de 2008 y las diferentes violencias que pueden ejercerse sobre las mujeres.

Es un hecho que las violencias contra las mujeres se encuentran en ascenso, así lo ha reportado el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses a través de sus informes y boletines epidemiológicos. De acuerdo con ellos, para el año 2018, a nivel nacional, de 28.645 casos de violencia intrafamiliar, el 59,3 % de las víctimas son mujeres; y para el año 2019, de 25.785 casos de violencia intrafamiliar, el 59,7 % de las víctimas son mujeres. Además, en el año 2018, para el caso de violencia interpersonal, se presentaron 116.115 casos a nivel nacional, de los cuales 40.337 son mujeres víctimas; en el año 2019, 107.939 casos, de los cuales 37.167 las afectaron a ellas. Estos casos, por otro lado, pueden desembocar en feminicidios como desenlace fatal al ciclo de violencias, en muchas circunstancias son perpetrados por la pareja o expareja de la mujer, lo cual nos debe invitar a problematizar la categoría de otras relaciones de pareja para visibilizarlos.

Este panorama es importante reiterarlo para dar cuenta de la urgencia por proteger las vidas de las mujeres, lo cual implica, entre otras cosas, garantizar sus derechos de acceso a la justicia, aplicar las normas más favorables y promulgar otras que regulen con mayores garantías aquellas violencias que se encuentran por fuera de esas concepciones tradicionales sobre la familia, pero que, aun así, se generan en medio de otro tipo de vínculos y relaciones de pareja que debería contemplar la normativa nacional.

Al respecto de esto, en el país también se han generado avances normativos importantes. Uno de ellos fue la expedición de la Ley 1959 de 2019, promovida por la Fiscalía General de la Nación y a través de la cual se modificarían y adicionarían algunos artículos al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal en relación con el delito de violencia intrafamiliar. En esta Ley, se modifican asuntos que tienen que ver con el sujeto activo de la conducta, ampliando el tipo penal de violencia intrafamiliar a parejas, exparejas y relaciones extramatrimoniales. Además, se contempla una causal de agravación para este delito cuando el responsable haya sido reincidente en la conducta; se modifica el principio de publicidad, haciendo extensivas las audiencias cerradas al público en las actuaciones procesales derivadas de la violencia intrafamiliar, con lo que se evita la revictimización, y se hacen modificaciones sobre prueba anticipada. Finalmente, se incluye en el procedimiento abreviado el delito de violencia intrafamiliar, se excluye este de conversión de la acción de pública a privada y se ordena al Gobierno Nacional elaborar una estrategia de formación de familia.

Por su parte, la Corte Constitucional, a través de Sentencia T-027 de 2017, sentó precedente al pronunciarse sobre la protección judicial de las mujeres contra la violencia intrafamiliar y la violencia estructural que existe en nuestro país. El caso concreto reconoce que una mujer no pierde su condición de víctima al reaccionar y defenderse de su agresor, es decir, no se puede desestimar la protección de las mujeres bajo la falacia del argumento de “agresiones mutuas”, pues se desconoce la “violencia ejercida contra una mujer, como producto de una práctica patriarcal ejercida por su condición de mujer y basada en estereo-

tipos de género” (Corte Constitucional, 2017). Esta decisión es importante porque se han desestimado gran cantidad de medidas de protección a mujeres víctimas bajo el entendido de existir agresiones mutuas, con lo que se desconoce que, en términos generales, ambas personas no se encuentran en igualdad de condiciones.

Recientemente, en la Sentencia SU080 de 2020, la Corte Constitucional reconoció que la exmagistrada del Consejo de Estado Stella Conto tendría que ser indemnizada por violencia intrafamiliar en el proceso de divorcio, esto con base en lo establecido en la Convención Belém Do Pará. En esta Sentencia se le concede la protección de sus derechos fundamentales y se ordena la indemnización por el daño que ella sufrió, porque sin importar su capacidad económica, sufrió actos de violencia susceptibles de ser resarcidos.

Así, estos avances normativos han permitido una ampliación en la interpretación de la violencia intrafamiliar como delito en Colombia, y han generado mayores garantías; sin embargo, sigue siendo necesario cobijar otro tipo de relaciones de pareja que aún están desprotegidas por el derecho interno y que conversan con la normativa internacional ratificada por Colombia, en tanto se reconoce como violencia de género contra las mujeres.

## Análoga relación de afectividad y violencia

Como se indicó anteriormente, las transformaciones en las relaciones de pareja implican el reconocimiento de prácticas que rompen con el enfoque familista, que ha sido paradigmático en los análisis de las conformaciones de nuevas parejas y en las violencias basadas en género, especialmente en la violencia intrafamiliar. En el mundo contemporáneo se puede evidenciar cómo la violencia en parejas, exparejas o en análoga relación de afectividad sin convivencia tiene el mismo comportamiento y las mismas consecuencias para la víctima, sin que esto sea comprendido del todo en el escenario jurídico. Definir en qué momento se inicia una relación es un asunto complejo, incluso en el escenario de relaciones tradicionales: ya esta definición está mediada por los sentimientos y representaciones de cada una de las personas que conforman el vínculo, de manera que se pueden transgredir los códigos de interpretación de la otra persona involucrada.

A nivel comparativo, la Justicia española infiere, a partir del análisis de expresiones y el uso del lenguaje, las transformaciones de las relaciones de pareja, pero también la violencia, que es factor común en ellas. Con este análisis del escenario de la violencia, se pretende justificar la aplicación del tipo penal del que habla el artículo 153 del Código Penal español,

donde, como Menciona la investigadora Ana Vidal (2016) en el blog de la editorial jurídica española Sepín, además de la salud y la integridad de las personas, se protege de manera adicional en relación con la violencia de género.

Al respecto del caso colombiano, la corporación Humanas (2010), en su “Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas”, usa la expresión compañeros para incluir todos los tipos de relaciones con o sin vocación de permanencia: “Bajo la categoría compañero se incluyeron los hombres con los que la víctima tiene o tuvo una relación de pareja, afectiva y/o sexual (como, por ejemplo, esposo, amante, novio, ex esposo, ex novio [sic])”. Ambos contextos, el español y el colombiano, de manera tácita están alertando sobre el peligro para el acceso a la justicia que supone la falta de reconocimiento en el ordenamiento jurídico de diferentes configuraciones de las relaciones de pareja representadas por la contemporaneidad, configuraciones que implican tomar distancia del enfoque familista; este ha sido protagonista en las anteriores lecturas, pero hoy, gracias a las transformaciones de las manifestaciones de afecto y vínculo, va perdiendo terreno.

No se puede abolir la penalización de la violencia en ninguna de sus formas. La violencia intrafamiliar tiene que estar proscrita porque así lo exige la convivencia y, particularmente, por las graves implicaciones que tiene; no obstante, dado que la violencia de género se genera en un contexto de discriminación de gran complejidad, incluso por fuera de la familia, requiere de experticias para su aplicación, esto es, fiscales y jueces con una formación acorde con la problemática.

En general, los Estados que suscriben la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) han cumplido con la creación de normas en la materia, pero el compromiso exige la modificación de las condiciones culturales que violentan y discriminan. Colombia se encuentra entre los países que se ha preocupado por desarrollar un esquema normativo de protección a los derechos de las mujeres, pero tiene pendiente los cambios culturales, al respecto de los cuales no se advierte interés ninguno. Así las cosas, es urgente que el legislador lea esta situación y permita materializar los derechos de acceso a la justicia de mujeres víctimas de violencia de género (Saldarriaga y Cadavid, 2019) en el contexto de violencias al margen del vínculo familiar. En el derecho penal se ha avanzado en la defensa de las víctimas, pero en lo relativo a las víctimas por violencia de género el tema está pendiente, de ahí que el acceso al derecho penal sea tan difícil para las mujeres y la impunidad, muy alta, sin que se adviertan los cambios necesarios. A continuación, se enuncia una propuesta para revertir esta problemática.

## Política criminal feminista

La violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja socialmente reconocidas y en todas aquellas relaciones equiparables que se conforman desde lógicas no tradicionales exigen un tratamiento diferencial de la política criminal, porque usualmente la administración de justicia se encarga de aquellas que se establecen a través de un vínculo civil o religioso y dejan por fuera las demás que se constituyen a partir de un noviazgo o relaciones emergentes no convencionales. La criminología feminista ha puesto su atención en los tipos penales que intervienen las violencias contra las mujeres y cuestiona el tratamiento jurídico porque estos tipos, en su gran mayoría, descontextualizan las causas de las violencias, ocasionando un bajo reproche social de los delitos, poca efectividad en las estrategias implementadas para su erradicación y un desconocimiento de los factores reales que las producen.

Recordemos que la política criminal, dentro de algunas conceptualizaciones, entre ellas la de Zaffaroni (como se cita en Rivera Beiras, 2005, p. 33), es una disciplina de observación que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y la medida en que se alcanzan en realidad, además de ser el arte de aplicar la ley con el fin de obtener los mejores resultados en la lucha contra el delito. De allí se deriva que será esta política estatal la que determine los delitos de alto impacto, las estrategias de intervención y el poder simbólico de asignar más rechazo social por una actuación que por otra. La política criminal no es imparcial, obedece a discusiones humanas que deciden categorías, jerarquías y formas de poner en acción el poder coercitivo del Estado.

Las teorías críticas criminológicas, entre ellas las feministas, cuestionan la imparcialidad del derecho penal por su determinada desigualdad para intervenir tipos penales cuyas víctimas mayoritariamente son mujeres. Al respecto, Campos (1999) señala que esta marcada diferencia se evidencia porque el legislador, al determinar el derecho penal, no defiende todos los bienes jurídicos, sino aquellos que considera esenciales, responde al atentado contra estos bienes jurídicos de forma diferencial: a partir de su intensidad y el estatus criminal, privilegia los intereses de la clase dominante y los hace inmunes al proceso de criminalización. Así es fácil evidenciar que los tipos penales que, en mayor proporción, se remiten a mujeres víctimas no tienen el estatus suficiente para que se ponga a su disposición todas las herramientas con las que cuenta el Estado.

En este sentido, Larrauri (2007) plantea varias discusiones sobre un tipo penal de violencia de género; esta autora reconoce la importancia de incorporar la variable de género al análisis criminológico, lo que indicaría visibilizar las condiciones de desigualdad entre mujeres y hombres, pero advierte que esta variable no debe ser una exclusiva, que deben tenerse también en cuenta algunos factores de riesgo que son determinantes (clase social, consumo de licor, pertenencia a algunas etnias, perfil del agresor, etc.); es decir, se trata de delitos complejos que no pueden simplificarse solo en la variable de género. A su vez, esta

autora vuelve sobre la disputa entre el derecho penal como *ultima ratio* y la criminalización de conductas que se consideran relevantes para la sociedad; ella cuestiona que no necesariamente mayor pena significa mayor reproche social, por lo que sugiere la importancia de tener en cuenta los intereses de las víctimas, que en la mayoría de los casos, más allá de la pena, lo que buscan es protección. Si bien es cierto que el derecho penal protege a través de la sugestividad de la pena, especialmente desde la prevención general, también puede garantizar la no repetición de la violencia. La política criminal hegemónica y patriarcal supone que el interés de todas las víctimas es buscar la criminalización del agresor, lo que reduce la capacidad de autonomía en el proceso.

Bajo estos postulados, y a partir de las epistemologías de la criminología feminista, plantearemos la posibilidad de crear un tipo penal que intervenga de forma efectiva las violencias que ocurren contra las mujeres en las relaciones de pareja o en aquellas equiparables; este tipo penal específico se justifica por lo siguiente:

- La existencia de un tipo penal específico para las violencias contra las mujeres ocurridas al interior de una relación de pareja o en una equiparable evidenciar que unas de las variables a tener en cuenta en la intervención punitiva son las desigualdades de género, cuyas construcciones han generado discriminación, subordinación y violencia.
- Las condiciones específicas de violencias ocurridas en contextos de lo denominado como “amor romántico” presuponen unos obstáculos iniciales para denunciar, aportar pruebas y generar una continuidad en el proceso penal. En el marco de estas relaciones se justifica o se naturaliza la violencia; si no se rompe con el denominado círculo de la violencia, difícilmente la víctima se atreve a denunciar.
- Valorar la discusión de la autonomía de la mujer durante el proceso penal y de allí incorporar el interés particular de la víctima para la toma de decisiones e imposición de medidas de protección; reconocer que para la gran mayoría el interés principal es la protección de su vida y de sus familiares, que la criminalización, más que la imposición de una pena, garantice la no repetición.
- Un tipo penal específico que proteja de las violencias contra las mujeres no constituye populismo punitivo, sino que expresa la importancia de que el Estado, desde su poder coercitivo, asuma su responsabilidad y obligación de erradicar de forma adecuada las violencias contra las mujeres, violencias que, estadísticamente, superan los delitos considerados de alto impacto.
- Si una de las variables de este delito es las relaciones inequitativas de género, aunque no la única, significa que deben deconstruirse elementos culturales que siguen naturalizando estas violencias a través de las funciones del derecho penal.

## *Tipo penal de violencia de género en derecho comparado*

Para el análisis de la propuesta de un tipo penal que recoja las condiciones específicas de la violencia de pareja y relaciones equiparables no cobijadas por el tipo penal de violencia intrafamiliar, pero en el que se garanticen los avances que se han incorporado a partir de la Ley 1257 de 2008 y posteriores reformas, debe advertirse de entrada que no es una opción el trámite de estas violencias mediante el tipo penal de las lesiones personales, porque estas últimas no requieren de un sujeto calificado para ejecutar la acción, lo que descontextualiza las causas de estas violencias, no tiene en cuenta ninguna variable en particular (como la de género) y la relación entre víctima y victimario no es un elemento fundamental para su configuración; este tipo penal permite la conciliación y, a pesar de que también puede cobijar medidas de protección, su trámite es lento y poco efectivo para garantizar la integridad personal y la vida de las mujeres, protección que en ocasiones se requiere de inmediato. El trámite así es lento porque una medida de protección debe ser requerida ante un juez de control de garantías y ello implica unos tiempos, como todas las audiencias preliminares; si se necesita rapidez, las comisarías de familia también podrían llevar a cabo estas audiencias y sería más expedita la respuesta de medida de protección.

Así las cosas, es importante revisar los antecedentes internacionales de otros países que tienen dentro de su legislación el delito de violencia de género como un delito autónomo, que configura varias acciones; consideremos la Ley orgánica 1/2004 de España, mediante la cual se dictaron medidas de protección integral contra la violencia de género. Esta norma configura el delito de violencia de género en el Código Penal español para proteger la integridad personal de la mujer y erradicar las violencias cometidas contra ellas, sea a través de la fuerza física, o por medio de la coacción para que realicen una acción no deseada; este delito está compuesto por otros delitos: de lesiones leves o maltrato de obra (artículo 153.1), de lesiones (artículo 147.1), de amenazas leves (artículo 171.4), de coacciones leves (artículo 172.2).

En España, el sujeto pasivo en el delito es “toda mujer que, aun sin convivencia, haya mantenido una relación de afectividad con su pareja-varón y que sufra tanto actos de violencia física como psicológica, incluidas las agresiones sexuales en sus diversas modalidades (abuso, agresión o acoso sexual)” (Ley orgánica 1/2004 de España). En este punto es importante incorporar la identidad de género para que la tipificación pueda tener cobertura sobre las personas con sexualidad diversa que asumen dicho papel. El sujeto activo aquí es un hombre, en nuestra consideración podría ampliarse a personas del mismo sexo, demostrando la relación inequitativa de poder. En este tipo penal existen unos excluyentes: no es suficiente que el hombre sea un agresor, sino que exista o haya existido una relación sentimental de pareja; por lo tanto, no procede si existe una relación de parentesco familiar y, por otro lado, se requiere para su configuración la existencia de una situación de desigualdad, discriminación o inequidad de poder de los hombres sobre las mujeres.

## *Propuesta de un tipo penal de violencia de género contra las mujeres*

Proponemos la creación de un tipo penal que llene el vacío jurídico existente para la intervención efectiva de las violencias que se generan en el contexto de pareja y relaciones equiparables. Este tipo penal con enfoque desde la criminología feminista no busca criminalizar con altos años de pena, sino con el poder simbólico de rechazo social que sea atribuible a conductas que normalmente están naturalizadas y silenciadas por la poca intervención estatal, esto último debido a diferentes factores: invisibilización de este tipo de violencias, naturalización de conductas al interior de las relaciones afectivas, poca efectividad de la institucionalidad al intervenirlas por tipos penales vigentes que descontextualizan el origen y consecuencias de este tipo de relaciones. Retomando las reflexiones de la Ley de Violencia de Género de España se puede plantear un tipo penal, a modo de borrador, que llene dicho vacío jurídico:

- Bien jurídico protegido: integridad personal y psicológica.
- Verbos rectores: humillar, discriminar, acosar, controlar, intimidar, ejercer violencia física, sexual, económica o simbólica cuyo determinante principal sea la categoría de género.
- Sujeto pasivo: la mujer y la persona con identidad de género femenino.
- Sujeto activo calificado: el hombre y la persona de sexualidad diversa que haya tenido una relación de pareja, de noviazgo o relaciones equiparables.

Lo importante es que este tipo penal esté complementado de medidas que permitan la protección efectiva de la víctima, más allá de que el fin último sea la penalización en centros carcelarios; ello implica medidas de protección que salvaguarden la integridad personal y psicológica de la víctima como garantías de no repetición. Podría plantearse así como un tipo penal de mera conducta, que sea además un tipo penal en blanco, que requiere establecer la categoría de género y las relaciones equiparables.

## Conclusiones

En conclusión, la violencia en las relaciones de pareja se clasifica en física, psicológica, sexual, económica y patrimonial. Se presenta en las parejas contemporáneas, una proporción importante de las cuales son transitorias y sin compromiso de proyecto de vida a mediano o largo plazo. La multicausalidad de las violencias basadas en género se ve opacada por

la insuficiencia de las herramientas con las que cuenta el operador jurídico para aplicar agravantes; esto porque hay una suposición, por parte del legislador, de que las violencias basadas en género son perpetradas en un vínculo familiar.

Estos tipos de violencia pueden ejercerse mediante las tecnologías de la información y la comunicación, lo cual complejiza su prevención y abordaje. En sus formas más extremas, estas violencias cobran la vida de muchas mujeres en todo el planeta, ensañándose más con las adolescentes y jóvenes. Y en el contexto de la pandemia de Covid-19 se han aumentado de manera desproporcionada las cifras de violencia en las relaciones de pareja, lo cual debe conducir a incrementar las estrategias de prevención y atención a nivel global.

## Referencias

- Acosta Díaz, M. P. (2017). La pareja en tiempos de vértigo: del amor y lo contemporáneo. 1-47. [https://sifp.psico.edu.uy/sites/default/files/Trabajos\\_finales/Archivos/tfg\\_mariela\\_acosta\\_pdf.pdf](https://sifp.psico.edu.uy/sites/default/files/Trabajos_finales/Archivos/tfg_mariela_acosta_pdf.pdf)
- Blandón-Hincapié, A. I. & López-Serna, L. M. (2016). Comprensiones sobre pareja en la actualidad: jóvenes en busca de estabilidad. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 14(1), 505-517. <https://doi.org/10.11600/1692715x.14134271014>
- Campos, C. (1999). *Criminología feminista: un discurso (im)posible?*. Género y Derecho. Santiago de Chile: Editorial Lom.
- Congreso de Colombia (1996, 22 de julio). Ley 294 de 1996. *Diario oficial*, (42.836 ) [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0294\\_1996.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0294_1996.html)
- Congreso de la República (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000. *Diario oficial*, (44.097). [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0599\\_2000.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0599_2000.html)
- Congreso de Colombia (2008, 4 de diciembre). Ley 1257 de 2008. *Diario oficial*, (47.193). <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4961d9ca2.html>
- Corte Constitucional (2017, 23 de enero). Sentencia T-027/17 (Aguiles Arrieta Gómez, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-027-17.htm>
- Corte Constitucional (2020, 25 de febrero). Sentencia SU 080/20 (Fernando Reyes Cuartas, M.P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/SU080-20.htm>

- Corte Suprema de Justicia (2017, 7 de junio). Sentencia 48047/17 (Luis Antonio Hernández Barbosa, M.P.). <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/SENTENCIA-VIOLENCIA-INTRAFAMILIAR.pdf>
- Cooper, V. & Pinto, B. (2008). Actitudes ante el amor y la Teoría de Sternberg. Un estudio correlacional en jóvenes universitarios de 18 a 24 años de edad. *AJAYU*, 6(2), 181-206.
- Fiscalía General de la Nación (2019, noviembre 21). Fiscalía ha esclarecido el 90,5 por ciento de los feminicidios, pero los casos se siguen presentando. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/seccionales/fiscalia-ha-esclarecido-el-905-por-ciento-de-los-feminicidios-pero-los-casos-se-siguen-presentando/>
- Gámez-Guadix, M., Borrajo, E. & Calvete, E. (2018). Abuso, control y violencia en la pareja a través de internet y los smartphones: Características, evaluación y prevención. *Papeles del Psicólogo*, 39(3), 218-227.
- Gómez, S. (2017, 2 de septiembre). Corte Suprema, ¿contra las mujeres? *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/opinion/corte-suprema-contra-las-mujeres-126216>
- Guirao Goris, J. A., Olmedo Salas, Á. & Ferrer Ferrandis, E. (2008). El artículo de revisión. *Revista Iberoamericana de Enfermería Comunitaria*, 1(1), 1-25.
- Harder, S. K., Jørgensen, K. E., Jonathan, P. G. & Jakob, D. (2020). Digital sexual violence. Image-based sexual abuse among Danish youth. En M. B. Heinskou, M.-L. Skilbrei & K. Stefansen (Eds.), *Rape in the Nordic countries: Continuity and change*.
- Humanas. (2010). Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas. [https://www.humanas.org.co/alfa/dat\\_particular/ar/estudio\\_de\\_la\\_jurisprudencia.pdf](https://www.humanas.org.co/alfa/dat_particular/ar/estudio_de_la_jurisprudencia.pdf)
- Larrauri, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género*. Editorial Trotta.
- Lascurain Wais, P., Lavandera Liria, M. & Manzanares Medina, E. (2017). Propiedades Psicométricas de la Escala de Actitudes sobre el Amor (LAS) en Universitarios Peruanos. *Acta Colombiana de Psicología*, 20(2), 270-281.
- Martínez Gómez, J. A., Vargas Gutiérrez, R. & Novoa Gómez, M. (2016). Relación entre la violencia en el noviazgo y observación de modelos parentales de maltrato. *Psychologia*, 10(1), 101-112. <https://doi.org/10.21500/19002386.2470>
- Mlambo-Ngcuka, P. (2020). Violencia contra las mujeres: La pandemia en la sombra. *ONU Mujeres*. <https://www.unwomen.org/news/stories/2020/4/statement-ed-phumzile-violence-against-women-during-pandemic>

- ONU Mujeres. (s. f.). Tipos de violencia contra las mujeres. *ONU Mujeres. Colombia*. <https://colombia.unwomen.org/es/como-trabajamos/violencia-contra-las-mujeres/tipos-de-violencia> [30.05.2020].
- Peña Cárdenas, F., Rojas-Solís, J. L. & García-Sánchez, P. V. (2018). Uso problemático de internet, *cyberbullying* y ciber-violencia de pareja en jóvenes universitarios. *Diversitas: Perspectivas en Psicología*, 14(2), 205-219. <https://doi.org/10.15332/s1794-9998>
- Rivera Beiras, I. (2005). Elementos para una aproximación epistemológica. *Política criminal y sistema penal: Viejas y nuevas racionalidades punitivas* (pp. 15-54). Anthropos Editorial.
- Saldarriaga, D. & Cadavid, N. (2019). *Mujeres víctimas de violencia intrafamiliar: implementación de la Ley 1257 de 2008*. Ediciones UNAULA.
- Segato, R. L. (2003). *Las estructuras elementales de la violencia: Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. Universidad Nacional de Quilmes, Prometeo.
- Vidal, A. (2016). La “análoga relación de afectividad” en los delitos de violencia de género ¿en qué consiste?[Entrada de blog]. *Editorial Jurídica Sepin*. <https://blog.sepin.es/2016/05/la-analoga-relacion-de-afectividad-en-los-delitos-de-violencia-de-genero-en-que-consiste/>
- Villegas, M. & Mallor, P. (2012). La dimensión estructural y evolutiva en las relaciones de pareja. *Acción Psicológica*, 9(2). <https://doi.org/10.5944/ap.9.2.4108>
- Deutsche Welle (2020, 5 de mayo). OMS confirma aumento de violencia contra mujeres por cuarentenas. *Deutsche Welle*. <https://www.dw.com/es/oms-confirma-aumento-de-violencia-contra-mujeres-por-cuarentenas/a-53366780>

# LAS PRUEBAS EN DERECHO DE FAMILIA, INFANCIA Y ADOLESCENCIA DESDE UN ENFOQUE DE EQUIDAD DE GÉNERO PARA LAS MUJERES<sup>1</sup>

Elvigia Cardona Zuleta\*

## Resumen

Este capítulo tiene como propósito describir los argumentos convencionales y jurisprudenciales que permiten un aseguramiento, revisión, petición, interpretación y valoración de las pruebas en los procesos de derecho de familia, infancia y adolescencia, desde un enfoque de equidad de género para las mujeres en Colombia. Se parte de un diseño de investigación cualitativa, con un enfoque teórico guiado por la jurista Alda Facio Montejo y su metodología para analizar el fenómeno jurídico con lentes de género. Se visibiliza cómo la actitud de los jueces/funcionarios y sus actuaciones son fundamentales para garantizar el acceso a la justicia y los resultados procesales que superen esas brechas de desigualdad, afianzadas en las asimetrías de poder, fundantes de las relaciones familiares en nuestro contexto. Se concluye sobre la importancia del derecho que le asiste a las mujeres a llevar una vida libre de violencias y la obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia atendiendo a las situaciones de vulnerabilidad que experimentan las mujeres, niños, niñas y adolescentes derivados de situaciones de violencias al interior de sus familias.

## Palabras clave

Prueba judicial; Equidad de género; Proceso de familia, Infancia y adolescencia; Acceso a la justicia.

<sup>1</sup> Resultado del proyecto de Investigación “Debates contemporáneos del derecho de familia desde perspectiva de equidad de género”, financiado por la Universidad Católica Luis Amigó; coinvestigadora: María Isabel Uribe López.

\* Abogada y Magíster en Educación de la Universidad de Antioquia, profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó, adscrita al Grupo de Investigación Jurídicas y Sociales. Correo electrónico: elvigia.cardonazu@amigo.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2486-6867>

## Introducción

Las feministas nos encontramos hoy, en otras palabras, en una disyuntiva.

Debemos decidir qué interpretación de igualdad seguir. ¿Tomaremos la senda de la menor resistencia y adoptaremos interpretaciones liberales, meritocráticas, centradas en la elección y el mercado? ¿O seguiremos la senda más ardua y adoptaremos la interpretación democrática radical, que entiende la igualdad como plena paridad de participación en la vida social?

Nancy Fraser

El derecho constitucional a la prueba se enmarca dentro del debido proceso y consiste en la posibilidad de “presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra” (Constitución Política, 1991, art. 29). Así es posible señalar que “uno de los mandatos estructurales para la tutela efectiva de los derechos es el derecho fundamental a la prueba” (Yáñez Meza y Castellanos-Castellanos, 2016, p. 562); en este sentido, la normativa contenida en el Código General del Proceso y el Código de Infancia y Adolescencia consigna los aspectos referidos a las etapas probatorias, la idoneidad y la pertinencia de las pruebas que deben allegarse a los procesos judiciales en los temas de familia, infancia y adolescencia.

Devís Echandía (2014) reitera la importancia de las pruebas en el derecho, pues sin ellas los derechos subjetivos de las personas serían meras apariencias, de allí que la reconstrucción del acervo probatorio requiera de procesos mentales complejos. Así, el primer paso para la decisión judicial parte del análisis pormenorizado de los hechos, que implica una comprensión, interpretación y valoración de las pruebas, evento que puede ser afectado por una valoración cargada de prejuicios y estereotipos de las personas involucradas en la recolección, aseguramiento, redacción y valoración inicial de las pruebas de las violencias de que son objeto las mujeres, niños y niñas al interior de la familia. Estas violencias: física, psicológica, sexual, económica y patrimonial (Ley 1257 de 2008), coexisten y afectan de manera desproporcionada a las familias. Pero es necesario comprender que, además, las mujeres enfrentan violencias que van más allá de la categoría denominada “violencias directas”, puesto que las asimetrías de poder en que se fundan las relaciones familiares en nuestro contexto y las mismas instituciones sustantivas y procesales configuran violencias estructurales, culturales y simbólicas.

El estudio denominado *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*, señala las siguientes barreras enfrentadas por las mujeres para acceder a la justicia:

La falta de atención en la recepción de la denuncia [...] la falta de suministro de información necesaria para la presentación de la denuncia y para continuar exitosamente con el proceso [...] personas no calificadas atienden sus procesos [...]. La actitud desinteresada de los funcionarios también queda revelada en la forma en que algunos de ellos desestimulan la denuncia o sugieren la conciliación. (La Rota et al., 2014, pp. 261-263)

Es decir, una vez las mujeres logran superar estas barreras, se encuentran frente a procesos en los cuales no se valoran adecuadamente las pruebas allegadas, lo que hace que las mujeres se vean inmersas en revictimización y falta de privacidad al contar una y otra vez su situación.

Por estas razones cobran vigencia los mandatos internacionales y nacionales que dan lugar al derecho que le asiste a las mujeres a llevar una vida libre de violencias, y, por lo tanto, también cobra vigencia la obligación del Estado y sus instituciones de garantizar que al momento de acceder a la justicia, solicitar medidas de protección o denunciar, la misma intervención estatal no agregue mayores agravios y tenga presente la situación de vulnerabilidad que experimentan las mujeres, niños, niñas y adolescentes; vulnerabilidad derivada de situaciones de violencias al interior de sus familias, que afecta por igual a hombres y mujeres, pero que, por las estructuras desiguales de poder, los prejuicios y estereotipos, impactan en mayor medida y de forma diferenciada a las mujeres, niños, niñas y adolescentes.

Estas situaciones de violencias reiteradas y la protección constitucional otorgada a los derechos fundamentales, como la vida y la dignidad humana, les posibilitan a las familias y ciudadanos acceder a la justicia y exigir una protección especial por medio de la acción de tutela cuando es la misma jurisdicción ordinaria la que revictimiza al no adelantar un debido proceso y análisis del debate probatorio. Se da lugar, entonces, a que por la vía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (CC) y de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) se estructuren reglas y subreglas de decisión, que operativizan la tutela efectiva y el acceso real a la justicia cuando se discuten asuntos ligados a las familias o se niega de manera sistemática incorporar el enfoque de género en la decisión judicial, lo que exige una revisión de la forma en que se valoran las pruebas:

Juzgar con ‘perspectiva de género’ es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria [...] tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa. (CSJ, 2018, p. 9)

Adicionalmente, la Rama Judicial cuenta con la Comisión Nacional de Género y dispone en línea de diversos materiales para la formación de jueces, insistiendo en la importancia de que incluyan en sus decisiones la perspectiva de género:

La Comisión invita a los servidores judiciales a examinar sus propios conceptos y prejuicios; a iniciar pequeñas acciones de reconocimiento y tolerancia en sus entornos más cercanos, incluidos el laboral y el familiar; y a apropiarse de una actitud proactiva hacia la construcción de un mundo que ofrezca igualdad de derechos y oportunidades. (Cabello, 2017, p. 1)

En el mismo sentido, la CC, en diversas sentencias, ha realizado el llamado a emplear la perspectiva de género, los enfoques diferenciales y las acciones afirmativas necesarias para alcanzar estándares de equidad y justicia.

Es decir, se requiere establecer cuáles son los argumentos jurisprudenciales que poseen el enfoque de equidad de género para las mujeres, con lo cual se busca visibilizar cómo la actitud de los funcionarios y sus actuaciones son fundamentales en el acceso a la justicia y cómo los resultados procesales pueden superar esas brechas de desigualdad; puesto que muchas de estas violencias de que son objeto las mujeres, niños, niñas y adolescentes surgen al interior de sus grupos familiares y es precisamente la actitud del operador jurídico, quien inicia la cadena de atención, aseguramiento, revisión, petición, interpretación y valoración de las pruebas, la que permite la materialización de niveles de justicia y equidad frente a los derechos de las mujeres y sus núcleos familiares.

Este tipo de reflexiones se justifican en la medida en la que permiten construir un lugar de encuentro en el que converjan tres aspectos: esas visiones que se tienen sobre los procesos de familia, infancia y adolescencia, la argumentación e interpretación judiciales y el enfoque de equidad de género, con todo lo cual se quieren señalar las dificultades que enfrentan muchas mujeres en el día a día en los diferentes escenarios judiciales. También aquí se pretende aportar al desarrollo de la disciplina jurídica con elementos que faciliten el entendimiento de aquellas categorías sospechosas que afectan la recolección, interpretación y valoración de la prueba en los procesos de familia, infancia y adolescencia. Los elementos parten del enfoque de equidad de género, que pese a los múltiples llamados de organizaciones internacionales, la mesa de género de la Rama Judicial y esfuerzos de algunos magistrados, aún no es apropiado por jueces y funcionarios, ni llevado a las aulas de formación de los futuros abogados y los profesionales que intervienen en los procesos judiciales, en términos de hacer lecturas transversales a la disciplina y praxis jurídicas sobre las situaciones de violencias que aquejan a las mujeres, niños, niñas y adolescentes, lecturas que ayuden a superar los prejuicios y estereotipos que, en el día a día, viven las mujeres cuando acceden al proceso judicial en los ámbitos del derecho de familia.

## Metodología

Se parte del enfoque metodológico cualitativo, en donde la postura y los objetivos de quien investiga están dirigidos a mostrar sus apuestas éticas y políticas, es decir, a que se convierta en un “intelectual transformador”, un activista, un defensor, un emancipador, un investigador comprometido con el cambio y la justicia social (Denzin y Lincoln, 2012). Así, el rol de la investigación jurídica debe tener un componente autorreflexivo y en búsqueda de un conocimiento multivocal, subjetivo e intersubjetivo, para comprender y reconstruir nuestra propia realidad.

De igual forma, se incluye el enfoque teórico de equidad de género, proporcionado por Alda Facio Montejo (1992), quien propone entender el derecho como un fenómeno jurídico, uno para el que el componente político-cultural juega un papel determinante en el conocimiento y el uso que, como ciudadanos y ciudadanas, abogados y abogadas, hacemos de las normas en la cotidianidad. Es decir, se trata de reconocer que el carácter binario de las construcciones sexo-genéricas permean la producción y la interpretación normativas, lo que deriva en un reparto inequitativo de recursos, en una asignación desigual de derechos y garantías a partir de la concepción de familia, de sus roles y sus funciones.

Finalmente, se recurre a la estrategia de investigación documental, en tanto se revisa la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, el corpus de esta investigación está compuesto por diez sentencias (S-T093, 2019; SU-140, 2019; S-T338, 2018; S-T015, 2018; S-T590, 2017; S-T735, 2017; S-T967, 2014), elegidas a partir de los siguientes criterios: 1) tutelas contra sentencias judiciales por valoración inadecuada de las pruebas, 2) temáticas centradas en violencia intrafamiliar, 3) inclusión de la perspectiva de equidad de género en el análisis presentado por los magistrados o las magistradas. Estos criterios permiten construir los argumentos para una lectura del derecho constitucional a la prueba. Se establecieron categorías de análisis, redes semánticas e informes con apoyo en el *software* Atlas.ti 8. Se lleva a cabo la estrategia del “análisis de contenido”, puesto que se requiere construir teoría útil a partir de las categorías y subcategorías emergentes sobre la valoración probatoria en los procesos de familia en los que convergen diversos tipos de violencias.

# Marco normativo de la perspectiva de género y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias

Tú ... mujer... limpia ya tus lágrimas,  
no más llantos y no más tristezas,  
¡Exige el respeto que mereces!  
¡Y levanta firme tu cabeza!  
Arjona Delia

Existe un amplio marco normativo sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias; así, en el Sistema Universal de Derechos contamos con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), allí se señala la obligación del Estado de otorgar “un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales” (1979, art. 15, núm. 2). Sin embargo, en virtud de la función de seguimiento que adelanta el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW), ante el noveno informe presentado por el Estado colombiano, este Comité recomienda, en torno al acceso a la justicia, que se:

Refuerce el sistema judicial, entre otras medidas aumentando su dotación de recursos financieros, técnicos y humanos especializados para que pueda tramitar las causas de manera oportuna, sensible a las cuestiones de género, no discriminatoria y competente en todo su territorio, y en particular en las zonas rurales. (Comité CEDAW, 2019, p. 4)

De esta forma, si bien se reconocen los avances, en términos de la legislación interna, para visibilizar las violencias de que son objeto las mujeres, aún es objeto de recomendación formar a los funcionarios y operadores jurídicos en una línea de sensibilidad que facilite la comprensión de la discriminación histórica de la cual han sido objeto las mujeres, especialmente en los temas relacionados con la familia, como escenario privado.

Por otro lado, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos contamos con la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), que establece: “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (OEA, 1994, art. 3). En este sentido, es importante comprender que las violencias en los casos de los procesos de familia superan el ámbito privado y se trasladan al público; de allí que los Estados parte se comprometen, entre otras cosas, a cumplir con estos dos literales:

a. abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b. actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. (OEA, 1994, art. 7)

El debate que se propone del derecho fundamental a la prueba con los lentes de género requiere establecer la existencia de un marco normativo nacional que parte del enfoque de equidad de género. Concretamente, la expresión “equidad de género para las mujeres” se retoma desde lo propuesto por el Estado colombiano en la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres, en cuyos lineamientos incorpora el “análisis de género y el enfoque diferencial [...], adopta las nociones de igualdad, no discriminación y diversidad, cuyo entrelazamiento permite definir la equidad como una igualdad orientada por las diferencias” (DNP, 2013, p. 8). Así mismo, el Congreso de la República expidió la Ley 1257 de 2008, “por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres”. Esta incluye, como derecho de las mujeres víctimas de violencia, la posibilidad de “decidir voluntariamente si puede ser confrontada con el agresor en cualquiera de los espacios de atención y en los procedimientos administrativos, judiciales o de otro tipo” (art. 8, lit. k) e insta a los jueces y funcionarios a la toma de medidas de protección frente a las mujeres, las cuales deben “ser dictadas en forma provisional e inmediata por la autoridad judicial que conozca de los delitos que tengan origen en actos de violencia intrafamiliar” (art. 17); adicionalmente, frente a las audiencias, en las cuales se presentan violencias, “el juez podrá, a solicitud de cualquiera de los intervinientes en el proceso, disponer la realización de audiencias cerradas al público [...] podrá determinar la reserva de identidad respecto de sus datos personales” (art. 33).

Sin pretender exhaustividad en esta breve presentación, puede observarse que las obligaciones del Estado colombiano de garantizar a las mujeres su derecho a una vida libre de violencias, y concretamente su derecho de acceder a la justicia, surgen de dos fuentes: el derecho internacional y el derecho interno, donde explícitamente se consagran protecciones y deberes alrededor de la prevención y erradicación de las violencias contra las mujeres; de allí el insistente llamado, como una obligación estatal, para que se incorporen los enfoques de género en la atención y direccionamiento que los funcionarios brindan a los ciudadanos y ciudadanas que acuden a sus oficinas: se les llama a realizar procedimientos diferenciales que ayuden a corregir, prevenir y sancionar las desigualdades, discriminaciones y violencias que en el día a día experimentan las mujeres.

Ahora bien, la perspectiva de género no solo es útil cuando se está frente a violencias que involucran directamente a las mujeres. Lo que debe analizar un juez en el proceso, al valorar las pruebas en un caso en concreto, es si una de las partes en conflicto se encuentra o no de cara a una asimetría de poder o en contextos de desigualdad estructural basada en el sexo, el género, la identidad o las preferencias sexuales, como enseña la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana (2015). En este sentido, las sentencias revisadas reiteran las obligaciones internacionales que el Estado colombiano tiene con la eliminación de cualquier tipo de discriminación y violencia contra las mujeres, lo que se traduce en:

a) garantizar a todos y todas, una vida libre de violencia y discriminación por razón del sexo; b) prevenir y proteger a las mujeres y las niñas de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida en su contra; c) investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras. (CC, 2014, p. 14)

Estas obligaciones estatales se extienden a los operadores jurídicos y, en general, a todas las actuaciones administrativas y judiciales, las cuales tienen la obligación de adoptar la perspectiva de género (El lector puede revisar las siguientes sentencias: S-T093, 2019; SU-140, 2019; S-T338, 2018; S-T015, 2018; S-T590, 2017; S-T735, 2017; S-T967, 2014).

Así que la vulneración al derecho de las mujeres a una vida libre de violencias se deriva también del actuar de funcionarios y jueces:

cuando el juez incurre en: a) una omisión de toda actividad investigativa y/o la realización de investigaciones aparentes; b) en falta de exhaustividad en el análisis de la prueba recogida o revictimización en la recolección de pruebas; c) en la utilización de estereotipos de género para tomar sus decisiones y; d) en la afectación de los derechos de las víctimas. (CC, S-T093, 2019, p. 1)

En este sentido, la incorporación del “enfoque de género permite corregir la visión tradicional del derecho según la cual en ciertas circunstancias y bajo determinadas condiciones, se presentan consecuencias jurídicas que pueden conducir a la opresión y detrimento de los derechos de las mujeres” (CC, 2019b, párr. 133). Esto para darle contenido a lo expresado en el artículo 13 de la Constitución Política, para alcanzar una igualdad real y material.

Recapitulando, se requiere de forma urgente que jueces y funcionarios incorporen la perspectiva de género en sus decisiones, porque de lo contrario incurren en revictimización y consolidan una violencia estructural frente al acceso a la justicia. Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional frente a tutelas contra procesos de familia, en su función de control de constitucionalidad concreto, revela el tratamiento que los jueces de primera y segunda instancia dan a los procesos, a tal punto que ocurre la presunta vulneración de derechos por autoridad judicial y desconocimiento de los criterios diferenciadores proporcionados por la perspectiva de género y los enfoques interseccionales, es decir, aquellos que reclaman del juez que a la hora de ponderar y valorar las pruebas se atiende a las situaciones de vulnerabilidad que pueden converger en un caso concreto, tales como el sexo, las preferencias sexuales, los roles de género y sus cruces con la raza, la edad y la condición socioeconómica, por mencionar algunos.

## Reglas y subreglas para el análisis de las pruebas en el derecho de familia, infancia y adolescencia

Quienes imparten justicia tienen en sus manos hacer realidad el derecho a la igualdad, para lo cual deben evitar que en el proceso de interpretación y aplicación del derecho intervengan concepciones prejuiciadas de cómo son y cómo deben comportarse las personas por pertenecer a un sexo o género determinado, o por su preferencia/orientación sexual. (Suprema Corte de Justicia Nacional de México, 2015, p. 14)

El mecanismo de la tutela contra sentencias judiciales y su revisión por parte de la Corte Constitucional es posible cuando se advierte un proceso judicial con irregularidad procesal, y estas irregularidades se desprenden de la ausencia de enfoque de género al valorar las pruebas, especialmente en aquellos casos con presencia de violencias, vulnerando derechos fundamentales, tales como el acceso efectivo a la justicia y el derecho a la prueba, que, de acuerdo con reglas jurisprudenciales sobre la *procedencia de tutela frente a decisiones judiciales*, puede solicitarse de forma excepcional y especial cuando los jueces incurran en: “a) Defecto orgánico; b) Defecto procedimental absoluto; c) Defecto fáctico; d) Defecto material o sustantivo; e) Error inducido; f) Decisión sin motivación; g) Desconocimiento del precedente y h) Violación directa de la constitución” (CC, 2005). A continuación, se pide licencia al lector para relacionar citas extensas de las sentencias que permiten ejemplificar la presencia de estos defectos; dado que pueden converger en una misma demanda varios errores procesales solo se menciona aquella cita que incorpora reglas y subreglas frente a las pruebas y que pueden extenderse a casos similares:

### ***a) Defecto orgánico***

Ahora bien, el *defecto orgánico* se presenta cuando “el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello” (CC, 2005). Para que se configure esta causal, es necesario que se presente un contexto en el cual resulte manifiestamente irrazonable determinar que la autoridad judicial estaba investida de la potestad de administrar justicia (CC, 2017a) o, como reitera la Corte Constitucional:

Este defecto se produce cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, así como cuando adelantan alguna actuación o emiten un pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones. (CC, 2018, párr. 102)

En cuanto a la competencia, la Sentencia T-093 de 2019, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos, se hace la siguiente pregunta: “¿cómo puede emplearse el enfoque diferencial con perspectiva de género, sin incurrir en una invasión de competencias que les corresponden a los jueces de familia o penales?” (CC, 2019b, párr. 168); para concluir que:

Los jueces constitucionales de primera y segunda instancia aciertan al decir, que la aplicación del enfoque diferencial con perspectiva de género no implica una suplantación de jueces de otras especialidades ni la negación definitiva de los derechos que pudiera tener [...]. (párr. 169)

De esta forma, la Sentencia establece la siguiente regla para evitar conflictos de competencias, cuando los jueces se ven enfrentados a dudas razonables sobre la presencia de violencias:

Consiste en que la decisión del juez, en caso de incertidumbre, debe respetar su ámbito competencial. Ello significa, que el juez civil ordinario no es el competente para declarar violencia de género ni para determinar la configuración de una conducta típica. Por tanto, el juez deberá tomar una decisión que le sea propia de su competencia, como el rechazo de la demanda y la remisión a la autoridad competente, pues son los jueces de familia y penales quienes cuentan con las competencias, facultades y acciones suficientes para poder determinar la existencia o no de violencia contra la mujer. (CC, 2019b, párr. 174)

En este orden de ideas, en las sentencias revisadas no se presentó como argumento la existencia del defecto orgánico, aunque en todas se alude a las excepciones por las que *procede la acción de tutelas contra sentencias judiciales*. Sin embargo, vale la pena recordar que, dado que el Estado colombiano es garante de erradicar, prevenir y sancionar las violencias contra las mujeres, les corresponde a los jueces en todas las áreas de derecho estar atentos frente a las asimetrías de poder fundadas en el sexo y los roles sexo-genéricos o criterios sospechosos.

### ***b) Defecto procedimental absoluto***

La Sentencia T-384 de 2018, magistrada ponente Cristina Pardo Schlesinger, en un caso de custodia compartida, argumenta la presencia del defecto fáctico, sustantivo y *procedimental absoluto*, derivado de que el juez imprimió las características del proceso verbal sumario derogado por el Código General del Proceso y por “postergar y suspender la audiencia única en múltiples ocasiones sin imponer las sanciones legales al demandado y su apoderado judicial” (CC, 2018c, núm. 2). Este es un defecto que tiene la magnitud de afectar derechos fundamentales por actuaciones por fuera del proceso judicial. La Corte Constitucional reitera los componentes de la configuración del defecto procedimental absoluto:

Según decantó esta Corporación de forma unánime en la Sentencia SU-773 de 2014, el defecto procedimental absoluto se configura cuando “el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento establecido legalmente para el trámite de un asunto específico, ya sea porque: i) se

ciñe a un trámite completamente ajeno al pertinente —desvía el cauce del asunto—, o ii) omite etapas sustanciales del procedimiento establecido legalmente afectando el derecho de defensa y contradicción de una de las partes del proceso”. (CC, 2018c, núm. 3.5.1)

Si bien en esta Sentencia no prospera el defecto procedimental absoluto, porque, en teoría, se cuenta con los recursos procedimentales en los cuales oportunamente la parte actora debió señalar las fallas del proceso —mediante memoriales de impulso o recursos de reposición ante las decisiones del juez—, es posible señalar como regla que, en los casos en los que se carece de regulación normativa integral, necesita analizarse de modo sistemático la Constitución y las convenciones ratificadas por el Estado colombiano, puesto que este defecto afecta el debido proceso, el acceso a la justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y, en consecuencia, se consolida como una barrera estructural para acceder a la tutela oportuna y efectiva de los derechos tutelados.

### ***c) Defecto fáctico***

El *defecto fáctico* ocurre cuando: i) existe una omisión en el decreto de pruebas que eran necesarias en el proceso; ii) se da una valoración caprichosa y arbitraria de las pruebas presentadas; o iii) no se valora en su integridad el material probatorio (CC, 2014; CC, 2016a; CC, 2016b; CC, 2011a).

La Corte Constitucional reitera la dimensión positiva y la negativa del defecto fáctico, que pueden entenderse así:

i) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa u omite su valoración y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez. / ii) Una dimensión positiva que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución. (CC, 2011a)

Se observa en las sentencias revisadas, el consenso y reiteración sobre el concepto del defecto fáctico, en el que la Corte Constitucional reconoce que “el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento la evaluación del acervo probatorio implica la adopción de criterios objetivos, racionales y rigurosos” (CC, 2011a, núm. 4.3.3). De esta forma parte de la adopción de estos criterios objetivos y racionales, pasa por la incorporación de la perspectiva de género, puesto que la falta de establecer a priori los prejuicios y estereotipos que el juzgador tiene sobre ciertos temas, tales como, el ideal de familia, el ideal de las relaciones, su experiencias frente a su propia familia, determinan el componente cultural y de contexto en el que enmarca sus decisiones y valoraciones probatorias.

Finalmente, la Sentencia T-967 de 2014 establece cuatro reglas de decisión, aplicables a situaciones similares, que pueden parafrasearse así: i) el abandono económico hace parte de la violencia estructural, desconocerlo contribuye a la normalización e invisibilización de esta violencia; ii) negar el acceso a la administración de justicia, debido a una formalidad, extiende los niveles de impunidad y tolerancia social a los fenómenos de violencia y discriminación contra las mujeres; iii) en Colombia aún persisten patrones culturales discriminatorios y estereotipos de género que permean el actuar de la mayoría de los operadores judiciales; iv) hacer prevalecer un argumento procesal sobre la protección sustancial de los derechos de la mujer violentada, configura una revictimización de la accionante y un caso de indiferencia estatal frente a la violencia estructural de género (CC, 2014, núm. 57).

#### ***d) Defecto material o sustantivo***

En la Sentencia T-628 de 2011, magistrado ponente José Ignacio Pretel Chaljub, en la que se discute la negación de permiso de salida de un menor de edad del país, se advierte de la incurrencia en un defecto fáctico y en un *defecto sustantivo* por “error en la interpretación del artículo 110 del Código de la Infancia y la Adolescencia, norma que reglamenta el permiso que debe dar el defensor de familia para que un niño salga del país” (CC, 2011a, p. 1). El *defecto sustantivo por interpretación* se configura:

Primero, porque el juez le otorga a la norma un sentido y alcance que esta no tiene y, segundo, porque la autoridad le confiere a la norma una interpretación posible dentro de las varias interpretaciones que ofrece la disposición, pero que contraviene postulados de rango constitucional. Cabe aclarar, que para que se configure este defecto no es necesario que concurren las dos razones genéricas esbozadas, pues basta que se presente tan solo una de ellas para su estructuración (CC, 2011a, núm. 4.3.4.1).

De esta manera, la Corte Constitucional ha reiterado la necesidad de que el juez adopte decisiones a partir de lo dispuesto constitucional y convencionalmente, dando lugar a la inaplicación de normas que sean contrarias a la Constitución Política. Entonces, la Sentencia T-628 de 2011 establece como regla que, en caso de presencia de menores de edad, se recurra al principio de interés superior del niño o niña para la interpretación normativa, dados los deberes constitucionales y legales de los funcionarios en relación con el bienestar integral de los niños y niñas; además, la Sentencia establece que, al momento de valorar las pruebas, se realice de forma cuidadosa la ponderación de las circunstancias fácticas que rodean a estos menores de edad, vistas en su totalidad y no según un aspecto aislado.

Así mismo, la Sentencia T-012 de 2016, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, ante un caso de divorcio y fijación de alimentos al cónyuge, caso con presencia de violencias, se concluye la presencia del defecto fáctico y del *defecto material o sustantivo*, derivado de

“la indebida valoración probatoria y el desconocimiento de normas sustantivas aplicables al caso” (CC, 2016a, p. 23); además, frente a la necesidad de incluir en las decisiones judiciales el enfoque de género, la Sentencia precisó lo siguiente:

El Estado colombiano, en su conjunto, incluidos los jueces, están en la obligación de eliminar cualquier forma de discriminación en contra de la mujer. Por esa razón, entonces, es obligatorio para los jueces incorporar criterios de género al solucionar sus casos. (CC, 2016a, p. 20)

En este sentido, la Sentencia T-012 de 2016 recoge nueve reglas aplicables a los casos concretos para que los jueces garanticen el acceso a la justicia y doten de contenido la exigencia de juzgar con perspectiva de género, reglas que aquí se transcriben, de un lado, porque ellas se reiteran en las sentencias revisadas y, de otro, porque recogen en extenso las obligaciones que deben ser observadas por la administración de justicia, como vía para garantizar de manera efectiva el derecho a la pruebas y, con ello, el acceso material a la justicia:

(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y[, ] como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres. (CC, 2016a, p. 20; CC, 2017b, núm. 8; CC, 2019b, párr. 139; ; CSJ, 2018, p. 11)

### ***e) Error inducido***

En la Sentencia T-844 de 2011, magistrado ponente José Ignacio Pretel Chaljub, en análisis sobre la declaratoria de abandono de una niña y las consiguientes actuaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) para la adopción de la menor de edad, actuaciones en las que se define el principio de unidad familiar e interés superior de los niños, niñas y adolescentes, prospera el argumento, de un lado, del defecto fáctico y, de otro lado, *del error inducido*, que doctrinariamente se entiende así:

Error inducido o por consecuencia se configura cuando una decisión judicial[, ] pese a haberse adoptado respetando el debido proceso, y habiéndose valorado los elementos probatorios de forma plausible[, ] conforme al principio de la sana crítica, y con fundamento en una interpretación razonable de la ley sustancial, ocasiona la vulneración de derechos fundamentales “al haber sido determinada o influenciada por aspectos externos al proceso, consistentes en fallas originadas en órganos estatales”. (CC, 2011b)

En este proceso se establece la obligación de los jueces de familia, y, por extensión, de otros funcionarios, “de indagar a fondo y requerir pruebas con el propósito de evitar que se incurran en errores como los que se cometieron en el caso bajo estudio” (CC, 2011b, núm. 5.9.2), es decir, la obligación de usar sus poderes oficiosos para decretar pruebas con la finalidad de lograr un convencimiento más allá de la verdad procesal.

### ***f) Decisión sin motivación***

La *decisión sin motivación*, de acuerdo con lo indicado por la Sentencia T-241 de 2016, reiterado en la Sentencia T-126 de 2018:

[...] implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. Este tipo de falencia se distingue del defecto fáctico, en cuanto no se estructura a partir de la disconformidad entre la motivación de la Sentencia y su parte resolutive, sino en la ausencia de razonamientos que sustenten lo decidido. Es evidente que una exigencia de racionalidad mínima de toda actuación judicial es que exprese los argumentos que hacen inferir la decisión correspondiente. Cuando este ineludible presupuesto no puede verificarse, la Sentencia contradice aspectos que hacen parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso. (CC, 2016b, núm. 2.6.5; CC, 2018d, núm. 3.4)

Si bien en las sentencias revisadas no se invocó este defecto, es posible considerar que la ausencia del enfoque de género o de enfoques diferenciales al momento de decretar y valorar las pruebas, haga que los argumentos para la toma de decisión judicial carezcan de legitimidad, al desconocer el reiterado llamado a juzgar con perspectiva de género, pues es parte de la órbita judicial evidenciar la existencia de violencias y el valor probatorio que se da a cada elemento para evitar que la actuación judicial genere mayores agravios y naturalice y reproduzca las violencias contra las mujeres.

### ***g) Desconocimiento del precedente judicial***

La Sentencia T-093 de 2019, magistrado ponente Alberto Rojas Ríos, aborda el caso de una restitución de inmueble arrendado, en el que se demuestra la existencia de una unión marital de hecho y un cobro a la expareja que involucra violencia sexual; allí se discute la presencia del defecto fáctico, el error inducido y el *desconocimiento del precedente judicial*, que cobra relevancia en la medida en que se insiste en el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias. Se declara entonces que el desconocimiento del precedente se configura cuando:

Un juez desconoce las reglas jurisprudenciales fijadas por un órgano de cierre sin justificar las razones por las cuales se aparta de dichas reglas. Este defecto debe revisarse, a su vez, a partir de dos variables: a) el desconocimiento del precedente constitucional y; b) el desconocimiento del precedente de la jurisdicción natural. (CC, 2019b, párr. 92)

Vale la pena recordar que un precedente judicial es aplicable en tanto cumple con las finalidades expresadas en torno al principio de igualdad en la aplicación normativa, y en tanto configura los principios de confianza legítima, unidad y coherencia del ordenamiento jurídico para garantizar los derechos fundamentales emanados de la supremacía constitucional y jerárquica. Por lo tanto, este defecto se configura cuando existen sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional frente a las cuales el juzgador de primera instancia y el de segunda tienen un deber de obediencia; al no acatar esto sin justificación, vulneran el derecho al debido proceso, de acuerdo con la siguiente regla jurisprudencial, sobre los criterios para aplicar los precedentes judiciales:

a) que en la *ratio decidendi* de la Sentencia anterior se encuentre una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; b) que la *ratio decidendi* resuelva un problema jurídico semejante al propuesto en el nuevo caso y; c) que los hechos del caso sean equiparables a los resueltos anteriormente. (CC, 2019b, párr. 90)

Se pone de presente la tensión entre principios procesales, como la *igualdad de armas*, la *rigidez procesal* y el *formalismo probatorio*, de un lado, y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias, del otro, principios procesales que “pueden implicar la elección de la verdad procesal sobre la verdad material, pues en varias ocasiones puede ocurrir que la mujer se encuentre en una realidad fáctica estructuralmente diferente” (CC, 2019b, párr. 135).

La Sentencia anterior reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, como reglas, advierte que “una víctima de violencia en Colombia no llega en igualdad de armas procesales a un proceso civil o de familia” (párr. 136), que la violencia contra las mujeres es violencia de género, que existen violencias visibles e invisibles, que la aplicación del “derecho a la igualdad tiene como efecto romper los patrones socioculturales de carácter machista en el ejercicio de los roles hombre-mujer[,] que, por sí, en principio, son roles de desigualdad” (párr. 148), que el juez debe analizar con detenimiento los casos que limiten la igualdad real de las mujeres en relación con la de los hombres e “interpretar los hechos, pruebas y normas jurídicas con base en enfoques diferenciales de género” (párr. 133). Además, la Sentencia establece la “prohibición de fallar basado en estereotipos” (párr. 151); en aras de mantener los principios procesales de licitud, pertinencia y conducencia, “el juez no podrá valorar pruebas donde se cuestione el pasado familiar, social o sexual de la mujer o se busque un careo entre la mujer y la contra parte” (párr. 172). Finalmente, ante la incertidumbre de las violencias, el juez debe decidir conforme a su competencia y, por lo mismo, remitir a las autoridades competentes.

### ***h) Violación directa de la Constitución***

Por su parte, la Sentencia T-338 de 2018, magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado, reitera la importancia de la perspectiva de género en la administración de justicia, ante un caso de violencia intrafamiliar en el que era evidente la violencia psicológica que padecían la mujer y sus hijos y la negación del amparo y del decreto de medidas de protección oportunas por parte de los juzgadores de primera instancia. En dicho caso prosperó la *violación directa de la Constitución*:

a) en la solución del caso se deja de interpretar y aplicar una disposición legal de conformidad con el precedente constitucional ; b) se trata de la violación evidente a un derecho fundamental de aplicación inmediata; c) los jueces, con sus fallos, vulneran derechos fundamentales porque no tienen en cuenta el principio de interpretación conforme con la Constitución ; y d) si el juez encuentra, deduce o se le interpela sobre una norma incompatible con la Constitución, y no aplica las disposiciones constitucionales con preferencia a las legales (excepción de inconstitucionalidad). (CC, 2018b, p. 1)

Puntualizando, la violación directa de la Constitución se presenta por la interpretación contraria que el juez realiza de las leyes o por abstenerse de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; de allí que la Sentencia anterior permite evidenciar, como regla, que, en el caso de violencias psicológicas y domésticas, y por las dificultades de obtener las pruebas en ambientes hostiles, “desde una perspectiva de género, es necesario que los operadores de justicia empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se evidencian actos de violencia al interior del hogar” (CC, 2018b), dando lugar a que se privilegien los indicios, las pruebas de oficio y la inversión de la carga probatoria.

## Conclusiones

Es necesario aplicar justicia[,] no con rostro de mujer[,] ni con rostro de hombre, sino con rostro humano  
(Corte Suprema de Justicia, 2018, p. 17).

Se observa que, pese a los esfuerzos de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, los lineamientos para juzgar con perspectiva de género y las sentencias de algunos magistrados que incluyen perspectiva de género, no basta la existencia de la ley o la orden de evidenciar las categorías sospechosas que exigen una revisión diferencial de la prueba judicial en cada caso en concreto.<sup>2</sup> Es necesario que cada juez y funcionario decida asumir este reto de la deconstrucción de prejuicios y estereotipos de género, roles y funcionalidad de la familia. El juez, como director del proceso, este revestido por las cualidades de indepen-

<sup>2</sup> En la página web de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial pueden consultarse diálogos nacionales, libros, folletos, sentencias con perspectiva de género, talleres y guías de verificación para juzgar con perspectiva de género, entre otros recursos de apoyo.

dencia e imparcialidad, requiere estar atento a la cultura patriarcal en la que fue formado y a cómo las normas reflejan los valores, estereotipos y prejuicios que se ciernen sobre las mujeres, niños, niñas y adolescentes.

Esto implica una mayor reflexión y crítica al momento de valorar las pruebas, para luego impartir justicia, y entender: 1) El efecto diferenciado que tienen las normas sobre las personas, esto es, que una norma puede pretender un resultado igual para todos los administrados, pero, en la práctica, presenta resultados discriminatorios; 2) que si no se tiene suficiente conciencia sobre las discriminaciones derivadas de cuestiones sexo-genéricas, la aplicación y la interpretación del derecho se realizarán de acuerdo con los estereotipos, que están configurados en nuestros imaginarios, sobre los roles y comportamientos asignados a hombres y mujeres; 3) el carácter binario de la construcción de la identidad de sexo o género, que permea la producción normativa y deriva en un reparto inequitativo de recursos; 4) la legitimidad del establecimiento de acciones afirmativas y tratos diferenciados en el ordenamiento jurídico colombiano, a partir del artículo 13 de la Constitución Política, la normatividad y las sentencias de la Corte Constitucional.

El desconocimiento de la línea jurisprudencial y la vulneración del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política) por indebida valoración probatoria, al no incluir la perspectiva de género y los argumentos convencionales, constitucionales y legales vigentes en la normativa colombiana, acarrea la violación directa de la Constitución, frente a lo cual procede la acción de tutela: constituye una omisión del fallador al no juzgar partiendo del derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política), quien desconoce, además, los derechos humanos fundamentales y las convenciones ratificadas por el Estado colombiano.

Finalmente, este recorrido permite determinar, en primer lugar, la violencia contra las mujeres como un hecho notorio, multidimensional y sistemático, que debe analizarse en conjunto por los operadores jurídicos y no a partir de situaciones concretas con las que se acciona la administración de justicia, tales como un divorcio o un permiso de salida del país. En segundo lugar, permite determinar la obligación del juez de juzgar con perspectiva de género y comprender que, ante la presencia de las violencias, no contraría el derecho a la igualdad procesal cuando decreta pruebas de oficio, da mayor valor a los indicios, invierte la carga probatoria o descarta las pruebas ilícitas, puesto que requiere obtener elementos que de forma objetiva, rigurosa y metodológica le lleven a un mayor grado de convencimiento, libre de prejuicios y estereotipos.

## Referencias

- Cabello Blanco, M. (8 de marzo de 2017). *Conmemoración Día Internacional de la Mujer*. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/2017/03/08/conmemoracion-dia-internacional-de-la-mujer/>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [Comité CEDAW]. (2019, 14 de marzo). *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de Colombia*. <https://www.refworld.org/es/pdfid/5ce587b24.pdf>
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [Comité CEDAW]. (2013, 29 de octubre). *VIII Informe sobre estado de implementación de la Convención en Colombia*. <http://historico.equidadmujer.gov.co/Documents/Observaciones-CEDAW-VII-VIII-Informe-Colombia.pdf>
- Congreso de la República. (1991). Constitución Política de la República de Colombia. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)
- Congreso de la República. (2008a). Ley 1098 de 2006 por la cual se establece el Código de Infancia y Adolescencia. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1098\\_2006.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html)
- Congreso de la República. (2008b). Ley 1257 de 2008 por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1257\\_2008.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html)
- Congreso de la República. (2012). Ley 1564 de 2012 Código General del Proceso. [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1564\\_2012.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html)
- Corte Constitucional. (2005). Sentencia C 590 de 2005 [M. P. Jaime Córdoba Triviño]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-590-05.html>
- Corte Constitucional. (2011a). Sentencia T 628 de 2011 [M. P. José Ignacio Pretel Chaljub]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-628-11.htm>
- Corte Constitucional. (2011b). Sentencia T 844 de 2011 [M. P. José Ignacio Pretel Chaljub.] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-844-11.htm>
- Corte Constitucional. (2014). Sentencia T 967 del 2014. [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-967-14.htm>

- Corte Constitucional. (2016a). Sentencia T 012 del 2016. [M. P. Luis Ernesto Vargas Silva]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-012-16.htm>
- Corte Constitucional. (2016b). Sentencia T 241 del 2016. [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-241-16.htm>
- Corte Constitucional. (2017a). Sentencia T 587 del 2017 [M. P. Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-587-17.htm>
- Corte Constitucional. (2017b). Sentencia T 590 del 2017 [M. P. Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-590-19.htm>
- Corte Constitucional. (2017c). Sentencia T 735 del 2017 [M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-735-17.htm>
- Corte Constitucional. (2018a). Sentencia T 015 del 2018 [M. P. Carlos Bernal Pulido]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-015-18.htm>
- Corte Constitucional. (2018b). Sentencia T 338 del 2018 [M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-338-18.htm>
- Corte Constitucional. (2018c). Sentencia T 384 de 2018 [M. P. Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-384-18.htm>
- Corte Constitucional. (2018d). Sentencia T 126 de 2018. [M. P. Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-126-18.htm>
- Corte Constitucional. (2019a). Sentencia SU 140 del 2019 [M. P. Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU140-19.htm>
- Corte Constitucional. (2019b). Sentencia T 093 del 2019 [M. P. Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-093-19.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (2018). STC2287-2018 [M. P. Margarita Cabello Blanco]. [www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../B%20MAR2018/STC2287-2018.doc](http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/.../B%20MAR2018/STC2287-2018.doc)
- Denzin, N. & Lincoln Y. (2012). Controversias paradigmáticas, contradicciones y confluencias emergentes. En N. Denzin & Y. Lincoln (Coord.), *El campo de la investigación Cualitativa. Manual de investigación cualitativa Vol. I.* (pp. 43-102). Gedisa.

- Departamento Nacional de Planeación. (DNP) (2013). *Conpes 161. Política Pública de Equidad de Género para las Mujeres*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/161.pdf>
- Devís Echandía, H. (2014). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Universidad Libre de Colombia.
- Facio Montejó, A. (1992). *Cuando el género suena, cambios trae (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. ILANUD.
- Fraser, N. (2015). *Fortunas del Feminismo*. Traficantes de Sueños.
- La Rota, M. E., Lalinde Ordóñez, S., Santa Mora, S. & Uprimny Yepes, R. (2014). *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación [México] (SCJN). (2015). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad*. [https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo\\_perspectiva\\_de\\_genero\\_REVDIC2015.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/archivos/paginas/Protocolo_perspectiva_de_genero_REVDIC2015.pdf)
- ONU Mujeres. (s. f.). Incorporación de la perspectiva de género. <http://www.unwomen.org/es/how-we-work/un-system-coordination/gender-mainstreaming>
- Organización de las Naciones Unidas (ONU). (1979). *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer [Convención de la CEDAW]*. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>
- Organización de Estados Americanos (OEA). (1994). *Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [Convención de Belém do Pará]*.
- Yáñez Meza, D. A. & Castellanos-Castellanos, J. A. (2016). El derecho a la prueba en Colombia: Aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal. *Vniversitas*, 65(132), 561-610. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.dpca>.

# MODELOS DE DEMOCRACIA Y ESCUELA: EL PAPEL DE LA EDUCACIÓN EN LA FORMACIÓN PARA LA CIUDADANÍA EN NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES<sup>1</sup>

Ana Patricia Pabón Mantilla\*, Javier Orlando Aguirre Román\*\*

## Resumen

Se reflexiona acerca de las nociones de democracia que subyacen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que revisa los fallos de tutelas que dirimen conflictos entre las instituciones escolares y sus estudiantes, cuando estos son sancionados por la comisión de ciertas conductas prohibidas en sus manuales de convivencia. El discurso de la Corte se valora con base en cuatro enfoques teóricos sobre la democracia: el mayoritario, el liberal, el deliberativo y el agonístico. La lectura de las consideraciones de la Corte arroja como principal hallazgo que ella se acerca a las nociones de democracia deliberativa y agonística. Esto permite afirmar que, en la indagación sobre los fines de la educación, el papel de la escuela frente a la solución de conflictos debería estar orientado hacia la formación de niños, niñas y adolescentes, siguiendo modelos más pluralistas y respetuosos de la autonomía, en donde el conflicto se valore como una oportunidad de reconocimiento y aprendizaje. El trabajo tiene un enfoque iusfilosófico, los hallazgos son producto del análisis de fuentes documentales y del análisis del discurso.

## Palabras clave

Democracia; Democracia mayoritaria; Democracia liberal; Democracia agonística; Democracia deliberativa; Corte Constitucional; Niños, niñas y adolescentes; Escuela; Educación; Manuales de convivencia.

<sup>1</sup> El capítulo es un resultado de la investigación finalizada: “Las nociones de democracia que subyacen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, comprendida en el período 1998-2015, referida a la protección de los derechos fundamentales de los estudiantes ante las medidas sancionatorias-pedagógicas contenidas en los manuales de convivencia en las instituciones escolares”. Este proyecto fue ejecutado por el grupo de investigación Politeia de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS) y el grupo de investigación en Teoría del Derecho y Formación Jurídica de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), fue financiado mediante convocatoria interna de la Vicerrectoría Académica de la UIS y se identifica con el código 924.

\* Doctora en Derecho, magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho, abogada y filósofa. Profesora Titular del programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNAB (Bucaramanga, Colombia). Líder del grupo de investigación Teoría del Derecho y Formación Jurídica. Investigadora Senior del Ministerio de Ciencias. Correo electrónico: apabon742@unab.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2550-135X>

\*\* Doctor y magíster en Filosofía de la Universidad Estatal de Nueva York. Abogado y filósofo. Profesor Titular de la Escuela de Filosofía de UIS (Bucaramanga, Colombia). Miembro del grupo de investigación Politeia de la UIS. Investigador Senior del Ministerio de Ciencias. Correo electrónico: jaguirre@uis.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3734-227X>

## Introducción

En la actualidad somos testigos de un hecho sin precedentes en la historia humana, hecho que, además, suele pasar desapercibido al verse como natural y normal: como nunca en la historia de las sociedades humanas, los niños y jóvenes pasan prácticamente la mayor parte de su tiempo —sin contar las horas en las que duermen— en instituciones escolares —o en la coyuntura del 2020, conectados a sus ordenadores, cumpliendo las labores que antes realizaban en dichas instituciones—. Anteriormente, los niños, niñas y jóvenes pasaban sus días en compañía de tutores privados o junto a familiares y amigos en los campos, o realizando labores domésticas o, producto de la Revolución Industrial, cumpliendo largas jornadas de trabajo en fábricas.

La transformación de la enseñanza, el inicio de la instrucción pública y de la escuela como la conocemos hoy, está ligada a los cambios en las formas de producción y en el modelo económico. De tal suerte que, desde mediados del siglo XIX y con su apogeo en el siglo XX, la educación se transforma y se institucionaliza respondiendo a las necesidades de formación para la fábrica o para el trabajo (Taylor, 2016). La educación y el acceso al conocimiento, valorado en el Siglo de las Luces como un instrumento emancipador, parece que de forma acelerada se subordinaron “a la producción permanente de la lógica del capital” (Cuestas, 2009, p. 226).

Sin duda, existen buenas razones para no añorar gran parte de las prácticas del pasado, como, por ejemplo, las largas jornadas de trabajo infantil; no obstante, sí debemos preguntarnos por las razones por las cuales en la actualidad parece que la mayoría cree que la mejor opción para niños, niñas y adolescentes es que pasen alrededor de ocho horas al día, de lunes a viernes, en una escuela o colegio, en compañía de profesores y compañeros —salvo algunas pocas excepciones, como Finlandia (Gripenberg y Lizarte, 2012)—. En ocasiones, esas horas se incrementan, ya sea en virtud de actividades extracurriculares ofrecidas por las mismas instituciones educativas o por otras escogidas por padres y madres o por las tareas que muchas instituciones educativas suelen dejar “para la casa”. En este contexto, debemos plantearnos, al menos, las siguientes preguntas: ¿Con qué finalidad se envía a niños, niñas y adolescentes a pasar tanto tiempo de su vida en escuelas y colegios desarrollando actividades escolares? ¿Cuál es nuestra intención como padres y como integrantes de nuestra sociedad? ¿Qué buscamos? ¿Qué esperamos de esos procesos? Naturalmente, las respuestas a estas preguntas serán muy diversas.

Muchas familias simplemente necesitan cubrir actividades de cuidado y la escuela se convierte en un lugar en el que puedan dejar a sus hijos e hijas, mientras los papás, las mamás o la familia extensa trabajan y hacen sus demás actividades de adultos. También

puede suceder que, para algunos padres, llevar a sus hijos a la escuela sea la mejor forma de que estos aprendan a vivir en comunidad y en sociedad. En los colegios, supuestamente, los niños y jóvenes aprenden las reglas sociales que deberán seguir el resto de sus vidas.

Una variante de esta respuesta se dará en familias que profesan alguna religión. En estos casos, las madres y padres esperan que los colegios les ayuden a inculcar en sus hijos los valores y creencias religiosos que ellos tienen en sus hogares. Otra posible respuesta tiene que ver con el deseo de los padres de que sus hijos se preparen desde una temprana edad para el futuro, para la vida laboral y el buen desempeño. Las familias entregan a sus hijos al sistema educativo para que les den los conocimientos y las habilidades necesarias para que, posteriormente, con una buena educación universitaria, puedan ser independientes y tener éxito en sus vidas.

En fin, las repuestas serán múltiples y muy variadas; muy seguramente, las respuestas reales combinan las anteriores posibilidades y, tal vez, otras no contempladas. Hecho que justamente revela una razón que va más allá de toda posible contestación y en la que, indistintamente de la finalidad inicial, todos deberíamos coincidir. Necesitamos que niños y niñas sean capaces de convivir con hijos e hijas de familias que responden de forma diferente a la pregunta de por qué y para qué la educación. Necesitamos que nuestros niños y niñas sean capaces de relacionarse con otros niños y niñas que provienen de familias con visiones de mundo diferente. Y necesitamos que esa capacidad la desarrollen en un marco amplio de derechos y deberes fundamentados y limitados por la dignidad especial que cada uno de ellos tiene.

Esta formulación intenta retomar el valor de la educación como elemento fundamental para la ciudadanía y la democracia, como una forma de contribuir a la respuesta a la pregunta de Rawls (1995): “¿cómo es posible que pueda existir a través del tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales profundamente dividida por doctrinas religiosas, filosóficas y morales, razonables, aunque incompatibles entre sí?” (p. 13). Pues bien, esto significa que necesitamos que nuestros niños y niñas sean formados para que aprendan a vivir en una sociedad democrática y para que sean capaces de defenderla y ampliarla; en medio también, como lo mostraremos, de diferentes posibles significados de la democracia. A veces no somos conscientes de esto, pero lo cierto es que una de las finalidades más importantes de la educación, más allá de brindar conocimientos y contribuir a la apropiación de habilidades y competencias o llegar a resultados esperados, es la de formar ciudadanos democráticos. Es por esto que la pregunta por la finalidad de la educación se conecta con la pregunta por la naturaleza y el significado de la democracia.

El texto presente es una reflexión que resulta de investigar las nociones de democracia que subyacen en cierta jurisprudencia de la Corte Constitucional, en aquella, específicamente, construida con ocasión de la revisión de las sanciones que impusieron las instituciones escolares en cumplimiento de su función reglamentaria, la cual otorga la Ley y cuyas reglas y presupuestos se materializan de forma particular en los manuales de convivencia o reglamentos escolares.

El método iusfilosófico orientó el abordaje del objeto de estudio propuesto, en la medida en que indagó por los valores jurídicos y teorías de la filosofía política detrás de los fallos del juez constitucional. El diseño metodológico de la investigación se desarrolló en tres etapas. La primera consistió en la búsqueda y revisión de referentes teóricos que, desde la filosofía política, permitieran reconstruir distintas nociones de democracia. Los textos de los distintos autores se trabajaron a partir de una pauta de análisis documental que buscaba identificar los rasgos que caracterizarían cada una de dichas nociones y que permitirían distinguir una noción de otra, para, con base en ellas, analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. En la segunda etapa se identificó y analizó la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La identificación de pronunciamientos judiciales se hizo a partir de la construcción de cuatro escenarios jurisprudenciales que daban cuenta de sanciones recurrentes y que constituían situaciones fácticas análogas. En estas decisiones las instituciones escolares accionadas, amparadas en el reglamento escolar y en la validez jurídica del mismo, imponían sanciones disciplinarias a sus estudiantes. Finalmente, en una tercera etapa, mediante la técnica del análisis del discurso, se valoró, a partir del texto de la sentencia, la postura de los estudiantes y padres accionantes, las respuestas de las accionadas en su defensa y las consideraciones de la Corte Constitucional. El análisis de los argumentos de las partes permitió identificar cómo en cada caso subyacen distintas concepciones de democracia.

En este texto, y con base en los hallazgos de la investigación, nos acercaremos a la descripción de las nociones de democracia contemporáneas y a la construcción de soluciones a los conflictos que surgen en las instituciones educativas; lo haremos desde una mirada en la que el proceso de formación se sitúe como un elemento emancipador cuya finalidad sea la de formar para la convivencia y la democracia en contextos plurales. Con ese objetivo, en primer lugar expondremos las distintas nociones de democracia; en segundo lugar, el análisis sobre los tipos de conflicto y los tipos de mediaciones que se identifican en la escuela y, finalmente, a modo de conclusión, algunos aspectos que debería incluir una propuesta que transite de las medidas disciplinarias a medidas pedagógicas para la formación para la democracia.

## Nociones de democracia y su apropiación en la escuela

Como lo señalamos en la introducción, partimos de la premisa de que una de las finalidades sociales más importantes de la educación debe ser la de formar ciudadanos democráticos. Esto se refleja en varios documentos normativos universales y nacionales: así lo ha reiterado la Unesco (2015), al señalar que una de las funciones esenciales de la educación es la consolidación y la preservación de la democracia y la ciudadanía, mientras que la Constitución Política de Colombia, por ejemplo, consagra en su artículo 67 que la educación se orientará a la formación en “el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia”.

Pero ¿qué es la democracia? ¿qué significa formar ciudadanos democráticos? ¿qué implica que la educación deba ser democrática? ¿qué es formar ciudadanos y ciudadanas? Democracia es una de esas palabras que todos creemos entender muy bien; sin embargo, si nos piden alguna definición precisa o si intentamos ponernos de acuerdo sobre su significado, tal vez tengamos dificultades.

Las teorías que desde la filosofía política han construido nociones de democracia son diversas. Hay muchas explicaciones y clasificaciones, tal vez la más famosa y la que mucha gente conoce es la distinción entre, por una parte, la democracia directa o participativa y, por la otra, la democracia representativa. La democracia directa o participativa es aquella en la que los ciudadanos participan directamente en la toma de las decisiones que los afectan. Es el ideal democrático que se remonta a la Antigua Grecia, donde los ciudadanos se reunían directamente en el Ágora para participar en el gobierno de la ciudad. Todos podían intervenir sin ningún intermediario y expresar su opinión y su voto sobre los asuntos discutidos. Ahora bien, lo cierto es que los ciudadanos no eran todas las personas que vivían en Atenas: las mujeres y los esclavos no podían participar. Es más: esta no participación de mujeres y esclavos era fundamental para que los hombres libres sí pudieran hacerlo, pues podían contar con personas que se encargaban de sus hogares y negocios privados, mientras ellos se dedicaban a la política. Aun hoy se debate sobre las fortalezas y precariedades de este modelo (Mossé, 1981).

Esto muestra que este tipo de democracias es simplemente insostenible en sociedades complejas, diversas y amplias como las nuestras. De ahí que lo que ahora hagamos sea elegir a personas que nos representen para que tomen las decisiones políticas por nosotros. Este es el principio fundamental de la democracia representativa. Por eso elegimos miembros del Poder Ejecutivo (presidentes, gobernadores, alcaldes, diputados, concejales) y del Poder Legislativo (congresistas). Y los únicos momentos en los que nuestras democracias representativas se transforman levemente en democracias directas son aquellos en los que votamos para tomar decisiones, como lo que sucede en los plebiscitos, los referendos, las consultas

populares, algunas instancias de presupuestos públicos participativos y otros momentos muy especiales. En principio, entonces, podemos decir que la educación de nuestros niños y niñas debe formarlos para que sean capaces de ser o escoger a los representantes correctos y para participar activamente en aquellos momentos en que sea necesario. Y, claro está, para que exijan cada vez más otras instancias de participación directa.

Pero el concepto de democracia no se queda aquí. Y es que además de estas nociones de democracia participativa y de la representativa, hay otros modelos que adquieren relevancia a la hora de pensar el fin de la educación en las instituciones escolares y la forma de mediar y resolver los conflictos que pueden surgir allí. Nos vamos a referir a cuatro nociones contemporáneas: la democracia mayoritaria, la democracia liberal, la democracia deliberativa y la democracia agonística.

#### ***a. Democracia mayoritaria:***

Es un modelo más o menos intuitivo sobre la naturaleza de la democracia. En efecto, solemos creer que, como la democracia es el gobierno del pueblo y para el pueblo, las decisiones verdaderamente democráticas son aquellas que la mayoría del pueblo escoja. Algunos autores o actores políticos se refieren a este modelo como la democracia plebiscitaria o, incluso, como la democracia comunitaria o la democracia del estado de opinión (Hoyos Vásquez, 2010). En las instituciones educativas a veces se escucha lo siguiente: cierta medida disciplinaria es democrática —por ejemplo, expulsar a las estudiantes que resultan embarazadas— porque es aceptada por la mayoría de la comunidad educativa —cierto corte de cabello es el idóneo porque fue sometido al escrutinio de la mayoría o porque es el que representa los valores de la mayoría de la comunidad educativa—. Sin duda, la opinión mayoritaria es importante en toda democracia, pero este tipo de perspectiva es bastante problemático porque, desde su propia lógica, no tiene en cuenta que la supuesta opinión mayoritaria en las instituciones educativas tiene que enmarcarse en un contexto más amplio, uno donde la opinión mayoritaria de todos los ciudadanos ha impuesto límites legales y constitucionales a las sanciones que los colegios pueden adoptar y a la forma de adelantarlas. Límites que suelen encontrarse en los derechos fundamentales de las constituciones de los Estados. Distintos autores señalan que parte de la precariedad de las democracias en América Latina radica en que estas no logran ir más allá de la presente noción (Mejía y Jiménez, 2005). Esta insuficiencia nos lleva al siguiente modelo de democracia: la democracia liberal.

#### ***b. Democracia liberal:***

Es un modelo que contrasta con el anterior al fundarse en los derechos individuales y en la dignidad de cada ser humano. En efecto, en este modelo se confía en “la limitación del poder del Estado mediante la ley y el reconocimiento de los derechos fundamentales” (Touraine, 2000, p. 46). En este sentido, los derechos fundamentales se convierten en murallas que

ninguna decisión mayoritaria debería tumbar. Los gustos y las opiniones de la mayoría no pueden violar principios superiores sobre los que se funda la democracia. Desde los postulados de la democracia liberal, a cada persona le corresponde decidir la forma en que desea desarrollar sus proyectos y aspiraciones, sin que el Estado o la sociedad le impongan modelos preestablecidos y sin más restricciones que las que la Constitución permite. Este derecho debe ser protegido para todos, sin que medien criterios sospechosos de discriminación. De cierta manera, sobre esta base se han desarrollado en diferentes Estados una serie de decisiones judiciales que protegen los derechos individuales de los estudiantes, como la igualdad, el debido proceso, el libre desarrollo de la personalidad o la autonomía privada, etc<sup>2</sup>. Decisiones judiciales que invalidan elementos particulares de las leyes o los manuales de convivencia de los colegios, que son fruto de la decisión de sus autores, sean legisladores o instituciones escolares, quienes también se apoyan en su derecho de crear reglas de convivencia, derecho protegido por la Ley. A pesar de la reacción negativa que dichos conflictos judiciales y las órdenes emitidas por los jueces han generado (Aguirre et al., 2019), lo cierto es que los jueces que toman estas decisiones lo hacen en cumplimiento de la defensa de la Constitución y los valores democráticos a los que están obligados los colegios. En estas decisiones se identifica la defensa de una visión de democracia no mayoritaria, sino basada en la dignidad de los individuos humanos y sus derechos fundamentales.

### ***c. Democracia deliberativa:***

Este modelo parte de la idea según la cual la deliberación, la discusión y el diálogo entre los distintos actores sociales es la mejor forma para llegar a acuerdos en relación con las decisiones que nos afectan a todos. No es que se busque que todas las decisiones se tomen por un consenso entre todos los afectados. Se trata, más bien, de crear instituciones y procedimientos que, al menos, hagan posible lo anterior y que resalten la importancia social y política del diálogo y la comunicación (Habermas, 2005; Rawls, 1995). Este modelo requiere de ciudadanos que vayan más allá de sus derechos individuales. En los establecimientos educativos, este modelo se ve reflejado en la exigencia de que los reglamentos y manuales sean producto de una deliberación real, adelantada por toda la comunidad educativa; también en los sistemas de mediación de conflictos que intentan resolver los diferentes problemas por la vía del diálogo, no por la de la aplicación inmediata de reglas y procesos disciplinarios.

### ***d. Democracia agonística:***

Este modelo presta un especial interés a la discusión sobre el poder y cómo este constituye las relaciones sociales (Mouffe, 2003). El pluralismo, como rasgo fundamental de la democracia, hace necesario valorar el disenso y el antagonismo, pues los conflictos y las confrontaciones, más que un problema o una imperfección del sistema, lo que muestran es

<sup>2</sup> En este contexto puede leerse el histórico fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso de Brown contra el Board of Education of Topeka (1954): decidió que mantener la segregación racial en las escuelas era contrario a la décimo cuarta enmienda, que establecía la igualdad de protección ante la Ley para todos los asociados.

la existencia de una democracia viva y llena de energía. Cuando se piensa la escuela desde esta perspectiva, se puede afirmar que ella es un escenario en el que se viven relaciones de poder y en el que los manuales de convivencia, en muchos casos, promueven la producción de unas identidades y valores hegemónicos —por ejemplo, las reglas sobre el corte de cabello, que obligan a los niños y jóvenes a llevar el pelo corto alegando razones de higiene personal, no es otra cosa que la reproducción del estereotipo de género de que los hombres usan el pelo corto y de que eso los distingue de las mujeres. En este caso, la justificación no es la mayoría, sino el consenso de que proteger la salud y la higiene nos interesa a todos—. Como se ve, este modelo se presenta como una crítica del anterior en la medida en que esos acuerdos y consensos promovidos por los defensores de la democracia deliberativa escondan y silencien otras visiones y perspectivas. En este sentido, por ejemplo, es importante que los manuales de convivencia incluyan espacios que permitan el disenso de los estudiantes a algunas reglas y la posibilidad real de realizar reformas puntuales desde su crítica y desacuerdo.

Una vez presentados los rasgos que caracterizan estas cuatro nociones de democracia, analizaremos, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la forma en que las mismas aparecen en la vida cotidiana de las instituciones escolares.

## Conflictos y mediaciones en las instituciones escolares y nociones de democracia que subyacen en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

En la extensa jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Constitucional de Colombia con ocasión de la revisión de los fallos que deciden las acciones de tutela proferidas por los jueces de la República en todo el país, acciones de tutela en las que se resuelven conflictos entre niños, niñas y adolescentes vinculados a instituciones escolares oficiales y privadas, subyacen distintas nociones de democracia.

La revisión permitió identificar que los distintos actores (accionantes y accionados) también tenían distintas nociones de democracia. Se puede destacar, por ejemplo, que en el discurso de las instituciones escolares se identifica un modelo de democracia que oscila entre la democracia mayoritaria y la democracia liberal, dado que algunas de ellas amparan sus decisiones en el acuerdo generalizado de los miembros de la comunidad escolar y otras, en su potestad de crear reglas, facultad que está dada por la Constitución y la Ley. Este caso se lee, por ejemplo, en la Sentencia T-859 de 2002: la institución educativa señala, en

su respuesta de tutela, que “el plantel no desconoce las previsiones legales, sino que utiliza paralelamente el código cuantitativo interno” (como se cita en Corte Constitucional, 2002). En el discurso de los accionantes, que se expone en la narración de los hechos descrita por la Corte, se destaca una noción de democracia más cercana a los modelos liberal y agonístico: los estudiantes reclaman el disfrute de sus derechos, la garantía de la libertad y su derecho a no estar de acuerdo con las reglas impuestas por la institución; esto se lee, por ejemplo, en el resumen del escrito de tutela presentado por la Corte en la Sentencia T-1023 de 2010: la parte accionante expone que “con tener el pelo largo no está afectando derechos de ninguna otra persona, ni intereses superiores del colegio”. Los hechos muestran cómo la discusión sobre quién tiene el poder para decidir sobre el cuerpo y la apariencia personal es el campo de batalla. Así, en un conflicto sobre el uso de accesorios, la accionante en la Sentencia T-839 de 2007 señala:

La actitud de los funcionarios del colegio va en contra de nuestros valores culturales [,] que como familia hemos infundido a nuestros hijos y que en realidad no afectan a la comunidad educativa en ningún aspecto. Por el contrario, mi hija ha mantenido muy buen rendimiento académico y excelente comportamiento. (como se cita en Corte Constitucional, 2007)

¿Y qué noción o nociones de democracia se identifican en las razones de la decisión de la Corte Constitucional, en sus consideraciones? La Corte parte de la premisa de que, aunque la Constitución Política no fija un modelo específico de educación, sí establece los criterios que debería guiar cualquier modelo de educación. Estos criterios se basan en la comprensión de dos valores fundamentales como objetivo central del proceso educativo: a) la educación para la democracia y b) el libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad humana. Esta interpretación se sigue de lo dispuesto en los artículos 41 y 68 de la Constitución Política, en los que se establece:

Artículo 41. En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorios el estudio de la Constitución y la Instrucción Cívica. Así mismo se fomentarán prácticas democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana; [...] Artículo 68. Los particulares podrán fundar establecimientos educativos. La ley establecerá las condiciones para su creación y gestión. La comunidad educativa participará en la dirección de las instituciones de educación.

Desde ahí, la Corte Constitucional (1995) ha señalado que “Una idea de democracia militante recorre la Constitución y, conforme a ella, en la escuela, los niños, futuros ciudadanos, han de comenzar a experimentarla como una de sus vivencias más próximas y formadoras”.

Ahora, ¿qué noción de democracia se identifica en las consideraciones de la Corte Constitucional, teniendo en cuenta los modelos que se han caracterizado desde la teoría? Para responder a esta pregunta, se partió de la revisión de la jurisprudencia que de 1992 a 2016 se ha proferido en materia de conflictos escolares en Colombia. La sistematización de dichas fuentes dio como resultado cuatro escenarios jurisprudenciales recurrentes, donde se estatúan dos conjuntos de reglas: unas de tipo sustancial, que, amparadas en la legalidad,

imponían a los estudiantes obligaciones frente a su apariencia personal, manifestaciones de afecto, conformación de familia y consumo de sustancias psicoactivas; y otras de tipo procesal, que, ante el incumplimiento de las primeras, orientaban sanciones disciplinarias y mandatos que iban desde la obligación de cortarse el pelo hasta la desescolarización y expulsión de los discentes. En todos los casos, los afectados consideraban que dichas reglas vulneraban sus derechos, lo que el juez de tutela estudió con el fin de discutir un asunto de relevancia constitucional, por tratarse de derechos de sujetos de especial protección constitucional, y con el fin de mantener la supremacía e integridad de la Constitución.

Desde la interpretación de las fuentes, y con los criterios propuestos por la teoría, consideramos que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha tenido tres momentos:

#### ***a. Un momento liberal***

La discusión en las salas de revisión integradas por tres magistrados entre 1992 y 1998 se centró en el discurso de los derechos. ¿Quién tiene derecho a qué? Es conocida la disputa entre los magistrados Gaviria y Vladimiro Naranjo: el primero mantenía una tesis que garantizaba los derechos de los estudiantes, siguiendo la línea liberal, y el segundo se inclinaba por garantizar el derecho de las instituciones escolares a regular el componente de la educación como un deber y, desde ahí, exigir disciplina a sus estudiantes. Esta tesis se armonizó en las sentencias de unificación proferidas por la sala plena en 1998, inclinando la balanza, a partir de un ejercicio de ponderación, en favor de la libertad cuando las medidas de las instituciones escolares resultaban desproporcionadas.

#### ***b. Un momento deliberativo***

Este enfoque ha estado presente con mucha fuerza en la narrativa de la jurisprudencia constitucional a partir de 1998, cuando se consolidan las subreglas referidas a la naturaleza de los manuales de convivencia, entendiendo que estos deben ser el fruto del consenso y deben constituir la representación de las distintas visiones de los miembros de la comunidad educativa (Corte Constitucional, 1998b). Esta idea se ve reflejada en decisiones de la Corte Constitucional que destacan la naturaleza tripartida de los manuales de convivencia: pese a que estos son valorados como un contrato de adhesión, deben entenderse también como el producto de una construcción colectiva en la que se vean reflejadas las distintas aspiraciones de todos los miembros de la comunidad educativa. Así las aspiraciones de la comunidad educativa encuentran en el reglamento escolar la manera de formalizar el consenso que han construido (Aguirre & Pabón, 2018, pp. 41-47).

### *c. Un momento agonístico*

La posibilidad de disentir también es reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando se refiere a la legitimidad de las reglas de los manuales de convivencia. (Aguirre & Pabón, 2018, p. 45). Esta etapa convive con el momento deliberativo, en la medida en que la Corte reconoce que el acuerdo no excluye la posibilidad de que existan voces disidentes que puedan cuestionar dichos acuerdos. Es por ello que este momento se identifica también en los pronunciamientos de la Corte Constitucional desde 1998:

Una sociedad en donde el pluralismo y la educación en el pluralismo no es fundamental, y donde no se reconoce la existencia de personas que piensan y actúan diferente, desconoce criterios indispensables para su propio desarrollo, porque el diálogo y el reconocimiento del otro son ejes básicos en la construcción de la democracia, de la convivencia y de la paz, que en concordancia con la constitución desarrollan los objetivos comunes de una sociedad. (Corte Constitucional, 1998a)

## De las medidas disciplinarias a las pedagógicas: el reto de la formación en la democracia deliberativa y la agonística

Aunque no seamos plenamente conscientes de esto, en nuestros países una de las finalidades más importantes de los procesos educativos es la de formar ciudadanos democráticos. El significado de la democracia no es preciso y hay muchos enfoques e ideas al respecto. Como integrantes y actores en los procesos educativos debemos ser conscientes de lo anterior y esforzarnos por comprender la complejidad de la finalidad democrática de la educación: debemos cuestionarnos sobre el tipo de democracia para el que las instituciones están formando a niños, niñas y adolescentes y sobre cómo podemos participar de ese proceso en calidad de protagonistas, en vez de meros espectadores. Esto implica, entre otras cosas, comprender que el modelo mayoritario de la democracia no solo no es el único, sino que, además, es altamente deficiente. De ahí que debemos ser cuidadosos con esa supuesta apelación a “las mayorías” que se hace en algunas instituciones educativas y transitar a otras manifestaciones de la democracia.

De la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede deducir la tesis que esta ha sostenido de forma reiterada: el principio de la democracia, tal como se consagra en la Constitución de 1991, no se refiere únicamente a los instrumentos de participación democrática formal o mayoritaria, sino que se proyecta sobre los ámbitos de la vida personal, la familiar, la social y la comunitaria, reivindicando con ello un enfoque mucho más cons-

titutivo y material. Esto concuerda con la idea de universalidad, en la medida en que los valores democráticos y, por lo tanto, la formación para la democracia afecta a una gran cantidad de escenarios, procesos y lugares, sean públicos o privados:

[...] también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. (Corte Constitucional, 2001)

Además de su universalidad, se trata de una idea de la democracia plural y abierta, en cuanto no pretende ignorar el conflicto social, sino encauzarlo a partir de un nivel básico de respeto y de una constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que debería conquistar progresivamente nuevos ámbitos de la vida en sociedad (Aguirre & Pabón, 2018).

La Constitución de 1991 confiere a la educación un papel relevante, no solo por su perspectiva liberal de los derechos, sino también por su teleología: se confía en la educación como un instrumento para la emancipación y la autonomía, uno que dé como resultado la formación de ciudadanos activos, democráticos y participativos.

Esta lectura ha orientado la jurisprudencia de la Corte en muchas oportunidades y luego al legislador, cuando en la Ley 1620 del 2013 este señala que la educación es una actividad formativa, no una autoritaria. Esta visión se sustenta en el pluralismo que ha afirmado el constituyente, el cual fija el deber de orientar el proceso de formación hacia el despertar de la creatividad y hacia el fomento del respeto por la diversidad, con lo que se reconoce que los niños y niñas, para decirlo con las bellas palabras de Uprimny (2016), son “una libertad en formación, que merece una protección constitucional preferente”. No debe perderse de vista que:

[...] son fines de la educación despertar la creatividad y la percepción, entender y respetar la diversidad y universalidad del mundo, recibir el amor de la familia y prodigarlo en la vida adulta, desarrollar las aptitudes de acuerdo con las capacidades, expresar las opiniones libremente con miras a propiciar el diálogo, compartir las vivencias, alimentar la curiosidad y aprender a no temer a los retos de la vida. (Gaceta Constitucional, N.º 85, p. 6, como se cita en Corte Constitucional, 1998b)

**La finalidad de la educación está anclada a su deber de alcanzar la:**

[...] socialización secundaria destinada a complementar la que de manera primaria recibe el niño en el seno de la familia, con el fin de que pueda cumplir con su papel en la vida de relación; esta formación en los valores y los usos sociales debe estar orientada a preparar a los futuros ciudadanos para “participar en la vida política, cívica y comunitaria del país” acatando la Constitución y las leyes. (Constitución Política, art. 95)

La tolerancia y el respeto por los sistemas de valores distintos deben presidir toda la enseñanza y el aprendizaje de los valores en un país que optó por el desarrollo de una nación pluricultural, en la que ya no hay un solo modelo de virtud al servicio del intento de unificar el comportamiento de todos en la vida de relación. (Corte Constitucional, 1998b)

El marco democrático y participativo de la Constitución de 1991 se proyecta desde el preámbulo, se reitera en el artículo 1.º y en el 2.º y se hace más concreto en el 3.º, donde se reconoce la soberanía popular (Corte Constitucional, 2001); este marco orienta una escuela para la formación de ciudadanos, constituye un mandato para que, de acuerdo con el desarrollo que ha hecho el legislador en el artículo 19, numeral 2.º, de la Ley 1620 de 2013, la escuela se encamine a:

Transformar las prácticas pedagógicas para contribuir a la construcción de ambientes de aprendizajes democráticos y tolerantes que potencien la participación, la construcción colectiva de estrategias para la resolución de conflictos, el respeto a la dignidad humana, a la vida, a la integridad física y moral de los estudiantes.

De tal suerte que, para la mediación del conflicto, las instituciones escolares abandonen los reglamentos escolares como códigos disciplinarios y se apropien de estrategias de la pedagogía con las cuales construir escenarios deliberativos, unos donde el desacuerdo y el conflicto no sean vistos como un problema, sino como una oportunidad de aprendizaje. Si esta no es la más importante finalidad de la escuela, no tiene sentido que padres, madres, abuelas y abuelos y demás familiares se priven de disfrutar de las irrepetibles horas de la infancia de las nuevas generaciones.

## Referencias

- Aguirre Román, J. O., Pabón Mantilla, A. P. & Moreno Bernal, I. P. (2019). Entre la juridificación y la profundización de la democracia social: elementos para pensar los conflictos alrededor de los manuales de convivencia en las instituciones educativas y los derechos fundamentales de los estudiantes. *Estudios Socio-jurídicos*, 22(1), 391-415. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7604>
- Aguirre, J. & Pabón, A. (2018). *Justicia y derechos en la convivencia escolar. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre los derechos fundamentales de los estudiantes y los manuales de convivencia de las instituciones educativas*. Universidad Industrial de Santander.
- Congreso de la República de Colombia. (2013). Ley 1620, 15 de marzo de 2013. *Diario Oficial*, (48 733).
- Constitución Política de Colombia. [Const.]. Julio 7 de 1991. (Colombia).
- Corte Constitucional de Colombia. (1995, 26 de julio). Sentencia T-337 [M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz].

- Corte Constitucional de Colombia. (1998a, 31 de marzo). Sentencia T-124 [M. P. Alejandro Martínez Caballero].
- Corte Constitucional de Colombia. (1998b, 5 de noviembre). Sentencia SU-641 [M. P. Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional de Colombia. (2001, 15 de agosto). Sentencia C-866 [M. P. Jaime Córdoba Triviño].
- Corte Constitucional de Colombia. (2002, 10 de octubre). Sentencia T-859 [M. P. Eduardo Montealegre Lynett].
- Corte Constitucional de Colombia. (2007, 11 de octubre). Sentencia T-839 [M. P. Clara Inés Vargas Hernández].
- Corte Constitucional de Colombia. (2010, 10 de diciembre). Sentencia T-1023 [M. P. Juan Carlos Henao Pérez].
- Cuesta, O. (2009). Consideraciones sobre la educación en el capitalismo global contemporáneo. *Revista de Investigaciones UNAD*, 8(2), 225-233. <https://doi.org/10.22490/25391887.644>
- Gripenberg, M. & Lizarte, E. (2012). El sistema educativo en Finlandia y su éxito en la prueba PISA. *Journal for Educators, Teachers and Trainers*, 3, 14-24. <http://hdl.handle.net/10481/22302>.
- Habermas, J. (2005). Tres modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa. *POLIS. Revista Latinoamericana*, 4(10), 1-9. <https://polis.ulagos.cl/index.php/polis/article/view/346>
- Hoyos Vásquez, G. (2010). Estado de opinión. *Signo y pensamiento*, 29(57), 50-64. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/2508/1778>
- Mejía Quintana, Ó. & Jiménez, C. (2005). Nuevas teorías de la democracia: de la democracia formal a la democracia deliberativa. *Colombia Internacional*, (62), 12-31.
- Mossé, C. (1981). Democracia antigua y democracia moderna. *Thesis. Nueva Revista de Filosofía y Letras*, 8, 52-56. <http://ru.ffyl.unam.mx/handle/10391/5208>
- Mouffe, C. (2003). *La paradoja democrática*. Gedisa.
- Rawls, J. (1995). *Liberalismo Político*. Fondo de Cultura Económica y UNAM.

Taylor, J. (2016). *The underground history of American education: A schoolteacher's intimate investigation into the problem of modern schooling*. Oxford Village Press.

Touraine, A. (2000). Derechos del hombre, representatividad, ciudadanía. ¿*Qué es la Democracia?* (pp. 35-55). Fondo de Cultura Económica.

UNESCO. (2015). *Replantear la educación: ¿Hacia un bien común mundial?* <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232697>

Uprimny, R. (2016, 13 de agosto). ¿Propiedad de los padres? *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/opinion/opinion/propiedad-de-los-padres-columna-648943>

# CONTRIBUCIONES A LOS CAMBIOS PARADIGMÁTICOS DEL DERECHO AMBIENTAL A PARTIR DEL ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN COLOMBIA<sup>1</sup>

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría\*, Carolina Restrepo Múnera\*\*

## Resumen

Este trabajo aborda la situación de las niñas, niños y adolescentes en Colombia como sujetos propensos a la migración por riesgos sociales y ecológicos, y el ejercicio de su derecho al acceso a la justicia para la protección de bienes de los que se declaran titulares como generaciones presentes y futuras. Lo anterior se realiza por medio del estudio de una acción de tutela interpuesta en 2018 por veinticinco niñas, niños, adolescentes y jóvenes adultos, de entre siete y veintiséis años, en contra de algunas autoridades nacionales y entidades territoriales de la región amazónica de Colombia, por la vulneración del derecho colectivo al ambiente sano en conexión con derechos fundamentales.

A partir de los interrogantes: ¿Qué ejemplos de resistencia tenemos ante las desigualdades en el acceso a la justicia? ¿Cómo repercuten las desigualdades en el acceso a la justicia en niñas, niños y jóvenes? se hace un análisis del caso, enfatizando en algunas de sus ausencias y debilidades al ser un icónico ejercicio del derecho de acceso. Entre ellas se identifican, por una parte, el desconocimiento de los flujos migratorios, la existencia del desplazado ambiental y la necesidad de un enfoque diferencial para su reconocimiento como sujeto de especial protección, la desactualización de los instrumentos de planeación territorial, la falta de la incorporación de un referente de la perspectiva de género, el reconocimiento de la legitimación en la *causa por activa* y la titularidad del ejercicio directo de una acción judicial como la tutela para los niños, niñas,

<sup>1</sup> Resultado del proyecto de investigación “Acceso a la justicia para la protección de derechos colectivos y del ambiente, el acceso a la información y la participación democrática. Fase I Medellín–Acciones Populares”, adscrito al Grupo de Investigación Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó y al Grupo de Investigación en Constitucionalismo Crítico y Género, de la Universidad Autónoma Latinoamericana (Medellín, Colombia).

\* Abogado y magíster en Derecho de la Universidad de Medellín. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III (Madrid, España). Integrante de la Comisión de Ordenamiento Territorial del Municipio de Medellín. Docente investigador del Grupo de Investigación Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Luis Amigó. Correo electrónico: jorge.vasquezsa@amigo.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6280-005X>

\*\* Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Constitucional y Magíster en Derecho de la Universidad de Antioquia. Docente investigadora del Grupo de Investigación Constitucionalismo Crítico y Género de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Correo electrónico: carolina.restrepomu@unaula.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1659-0135>

adolescentes y jóvenes adultos. Finalmente, a partir de la pregunta: ¿Cuáles son los beneficios del adecuado, efectivo e igualitario acceso a la justicia? se destaca la contribución a la revolución paradigmática del derecho ambiental sobre la titularidad jurídica de las futuras generaciones y de otros seres vivos gracias al empoderamiento político y jurídico de las niñas, niños y adolescentes que ejercieron el acceso a la justicia.

### **Palabras clave**

Niñas, niños y adolescentes; Acceso a la justicia; Deforestación; Cambio climático; Desplazado ambiental; Gestión del riesgo.

## Introducción

Zygmunt Bauman (2002) expone que en la sociedad posmoderna los individuos son considerados primordialmente desde su calidad de consumidores y no de productores. Esto implica que la vida del consumidor, a diferencia de la vida del productor, está localizada en un mundo carente de normas, “guiada por la seducción, por la aparición de deseos cada vez mayores y por los volátiles anhelos, y no por reglas normativas” (p. 86). Este presupuesto de la “modernidad líquida” (Bauman, 2002) se adscribe a las tendencias, cada vez más fuertes, de un mundo globalizado y neoliberal en el cual las generaciones futuras se proyectan sobre una creciente incertidumbre.

El consumo se desborda por encima del sentido de comunidad, de la demanda de intereses colectivos —frente a los cuales debe existir un deber-obligación de corresponsabilidad— y de las frágiles posibilidades de la seguridad jurídica; toda vez que “el status de la norma se ha convertido [...] en una asociación de posibilidades indefinidas e infinitas, lo que la ha tornado vacilante y frágil” (Bauman, 2002, p. 85).

La vertiginosa velocidad del cambio y el incremento del deseo por saciar el consumo permite la insuficiente regularización y control sobre los bienes comunes, y nos conducen a la formulación de nuevos paradigmas que permitan comprender las realidades desconocidas a las que se enfrenta la sociedad. Como explica De Julios-Campuzano (2018), en la globalización los cambios tecnológicos alteran las relaciones del hombre con la naturaleza, y ante su acelerada transformación, hemos generado una “sociedad del riesgo”, que, siguiendo a Beck (2002), entre otras razones se genera porque los conflictos de la sociedad moderna no radican en la distribución de la riqueza, sino en la distribución de los riesgos, donde los “relacionados con la pobreza van dejando su lugar central a los riesgos derivados del desarrollo, a saber: los riesgos de carácter ecológico” (Galindo, 2015, p. 147).

De Julios-Campuzano (2018) explica que la sociedad del riesgo se soporta en niveles de inseguridad. Estos son generados por “transformar a la realidad de tal manera que nunca podremos saber si, efectivamente, un determinado curso de acción nos hubiera llevado a la catástrofe” (Galindo, 2015, p. 144). El aumento de los niveles de inseguridad se sustenta en el manejo de los medios técnicos, lo que con frecuencia escapa a formas de control institucional; en la propagación de la ignorancia, que se traduce en amenazas por la incertidumbre; y en las relaciones de saber-poder, transformadas por la influencia de los avances científicos y técnicos en la concreción de la estructura de poder social. A partir del aumento de los niveles de inseguridad, se transforman los referentes significativos de los grupos que estructuraron nuestra sociedad, los paradigmas de la seguridad y las relaciones de la sociedad con los recursos naturales y culturales (De Julios-Campuzano, 2018).

La sociedad del riesgo (Beck, 2002), relacionada con el pensamiento propio de la modernidad líquida (Bauman, 2002), parece constituir los postulados a través de los cuales se define el devenir de las niñas, niños y adolescentes, uno orientado por el individualismo y el consumo, en el que la reproducción de inseguridades, incertidumbres y amenazas fortalecen la tendencia de la satisfacción inmediata de deseos por encima de la capacidad natural del ecosistema. Se desdibujan escenarios estables y de seguridad; ante la anquilosada racionalidad práctica de los individuos en su relación con el ambiente, la sociedad del riesgo inquieta y moviliza a niñas, niños y adolescentes, un sector social que no encuentra paradigmas fiables a través de los cuales puedan comprender las posibilidades de un futuro más certero vinculado a un ambiente sano en el que tenga lugar la vida digna.

Infantes y adolescentes están inmersos en la inestabilidad que afianza la inseguridad y acrecienta el riesgo ecológico. En distintas partes del globo se movilizan en búsqueda de alcanzar escenarios de seguridad donde sea posible la construcción de nuevas subjetividades a partir de un reconocimiento y comprensión de los riesgos que las enfrentan. Colombia no es la excepción y, junto a las migraciones originadas a raíz de los riesgos del conflicto armado interno, se acrecientan las preocupaciones frente a los riesgos ecológicos, que potencian la vulnerabilidad de poblaciones que pueden incrementar los sujetos que se movilizan dentro y fuera de las fronteras. Estas migraciones propagan la crisis de identidad por el desarraigo y la deslocalización cultural del sujeto.

En Colombia, un caso de resistencia contra la liquidez y los riesgos de la sociedad —que no asume decididamente el cumplimiento de los deberes con el ambiente— hizo del ejercicio del derecho del acceso a la justicia un hecho a partir del cual se fortalecen cambios paradigmáticos ambientales que deben beneficiar a las generaciones presentes y futuras. Por medio de una acción de tutela interpuesta contra varias autoridades estatales, el resultado del acceso a la justicia tributa a la revolución paradigmática jurídica del ambiente. La confirmación de la legitimación en la causa por activa y la titularidad del ejercicio directo de acciones judiciales en niñas, niños y adolescentes se une al reconocimiento de los derechos bioculturales, de la titularidad jurídica de las futuras generaciones y de otros seres vivos y deja reflexiones pendientes de reconocimiento, como la omisión de los flujos migratorios como efecto de la deforestación y el cambio climático, la existencia del desplazado ambiental y la necesidad de un enfoque diferencial para su reconocimiento como sujeto de especial protección, y la desactualización de los instrumentos de planeación territorial, debido a la omisión normativa de incorporar la perspectiva de género.

## Metodología

Se acude al modelo de investigación cualitativa, con aplicación del enfoque dogmático jurídico y del método hermenéutico respaldado en el análisis jurisprudencial. A partir del modelo cualitativo el trabajo se inicia, más que en un problema específico, en un área problemática que contiene diversos problemas entrelazados (Martínez Miguelez, 2004), lo que, para el caso, está constituido por el campo de conocimiento del derecho ambiental colombiano como un área que se recrea a partir de los avances científicos y cambios paradigmáticos que se formalizan en instrumentos internacionales promotores de cambios en el ordenamiento interno.

Para asegurar la buena ejecución del ejercicio, los objetivos se reducen a las preguntas expuestas más arriba. Ellas concentran las dimensiones más concretas y explícitas (Martínez Miguelez, 2004) del área problematizada, lo que a su vez permite el desarrollo del ejercicio hermenéutico por medio de una progresión cíclica guiada por esas preguntas, de manera que se puedan integrar las partes con el todo y el todo con las partes.

Con base en la información extraída se pretende la generalización. Esto se logra gracias a la localización de un grupo de individuos —en nuestro caso: infantes y jóvenes accionantes ante el sistema judicial— en una situación particular que permiten “la captación de lo que es esencial o universal, lo cual es signo de lo necesario” (Martínez Miguelez, 2004, p. 73). Cabe aclarar que lo universal “no es aquello que se repite muchas veces, sino lo que pertenece al ser en que se halla por esencia y necesariamente” (p. 73); es un elemento constitutivo del ejercicio hermenéutico y de análisis jurisprudencial, en el caso de este trabajo.

La interpretación y el análisis jurisprudencial se entienden como el “espacio de reflexión que se da entre un investigador o intérprete frente a un grupo de sentencias emitidas por las altas cortes o instancias menores dentro de la jerarquía de producción de jurisprudencia en determinado contexto judicial” (Coral, 2012, p. 19) para nuestro caso, concentrado en la Sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia en el 2018 mediante la cual confirmó y amplificó el precedente elaborado sobre los derechos bioculturales y la transpersonalización jurídica en Colombia.

## La deforestación de la Amazonía colombiana: un caso de resistencia de niñas, niños y adolescentes a partir del ejercicio del derecho al acceso a la justicia

A finales del mes de enero del año 2018 un total de 25 niñas, niños y adolescentes entre 7 y 26 años de edad representados por el Doctor César Augusto Rodríguez Garavito, Director de Dejusticia, interpusieron una acción de tutela (Dejusticia, 2018) contra la Presidencia de la República de Colombia, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (MADS), el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR), la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales (UAEPNN), la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente Amazónico (CDA), la Corporación Autónoma de la Amazonía (CorpoAmazonía), la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área de Manejo Especial La Macarena (Cormacarena), las alcaldías de los municipios de San Vicente del Caguán, Cartagena del Chairá, San José del Guaviare, Calamar, La Macarena, Puerto Leguízamo, Solano, Uribe, El Retorno, Puerto Guzmán, Puerto Rico, Miraflores, Florencia y Vistahermosa, y las gobernaciones de Amazonas, Caquetá, Guainía, Guaviare, Putumayo y Vaupés.

La tutela, icónica en la historia judicial de Colombia, fue incoada por niñas, niños y adolescentes en calidad de generación futura buscando la protección de los derechos fundamentales a la vida digna (Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 1 y 11. Julio 4 de 1991. (Colombia), la salud (Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 49. Julio 4 de 1991. (Colombia), la alimentación (Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 1 y 65. Julio 4 de 1991. (Colombia), al agua (Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 95. Julio 4 de 1991. (Colombia) y a gozar de un ambiente sano (Constitución Política de Colombia [Const.]. Art. 79. Julio 4 de 1991. (Colombia). Estos derechos los encontraban amenazados por el aumento de emisión de gases de efecto invernadero (GEI) producto de la deforestación masiva que se desarrolla en la Amazonía colombiana. Las niñas, niños y adolescentes estimaron que la deforestación está influyendo en el cambio climático que se presenta en el mundo como una consecuencia generada por la omisión de protección a esta zona por parte de las autoridades competentes.

Dicha población fijó las siguientes pretensiones en la tutela: ordenar al Gobierno Nacional que en un plazo de seis meses presentara un plan de acción para reducir la tasa de deforestación a cero en la Amazonía colombiana para el año 2020, formular junto con los accionantes un Acuerdo Intergeneracional para garantizar a las generaciones futuras un medio ambiente sano, y formular las estrategias de adaptación y mitigación del cambio climático de cada uno de los municipios vulnerables con el fin de disminuir la tasa de emisión de GEI.

Para que se asegurara la procedencia de la tutela y que el juez constitucional considerara la necesidad de realizar su análisis de fondo, las niñas, niños y adolescentes sustentaron los requisitos de subsidiariedad, inmediatez y legitimación en la causa. También citaron los principios de precaución, equidad intergeneracional, participación, solidaridad y el interés superior que los reviste como mandatos de optimización. En otras palabras, se emplearon argumentos jurídicos que acreditan que la tutela era el mecanismo idóneo por encima de otra acción para la reclamación de los derechos invocados y determinar la competencia del juez constitucional para decretar su amparo.

Las niñas, niños y adolescentes argumentaron que tienen una esperanza de vida de 78 años en promedio, 75 años para los hombres y 80 años para las mujeres (The Lancet, 2017, como se cita en Dejusticia, 2018). Esperan desarrollar su vida adulta entre los años 2041 – 2070, y la vejez desde el año 2071 en adelante. Esto para señalar que si la temperatura promedio de Colombia aumenta entre 1,6°C y 2,14°C según estadísticas del IDEAM (2017, p. 35, como se cita en Dejusticia, 2018), su vida se vería perjudicada, toda vez que el deterioro del medio ambiente acarrearía su menoscabo.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras, emitió sentencia de primera instancia el 12 de febrero de 2018. En ella estimó que si el objetivo de las niñas, niños y adolescentes, en su pretensión de un amparo judicial efectivo, era que se adoptara un plan de acción entre todas las autoridades para reducir la deforestación de la Amazonía, la acción popular era el mecanismo que presentaba mayores ventajas sobre la acción de tutela; ya que el juez popular conserva competencia para tomar medidas necesarias para la ejecución de la Sentencia y para conformar un comité especial que verifique su cumplimiento. Esta es una ventaja en términos de idoneidad frente a la tutela. El juez de tutela tiene la posibilidad de verificar el cumplimiento del fallo por la vía del desacato, pero las facultades del juez popular van más allá; es posible que “en la medida en que se le vaya ilustrando sobre los avances en el acatamiento de lo dispuesto en su fallo, adopte nuevas medidas que sirvan al propósito de materializar prontamente y de mejor manera lo ordenado” (Tribunal Superior de Bogotá, febrero 12 de 2018, p. 18).

Sostuvo el Tribunal que la eficacia de la acción popular no se puede poner en duda por meras afirmaciones, deben existir elementos que permitan llegar a la convicción de que en el caso concreto pueda no ser eficaz. Por eso consideró que hubiera sido pertinente que las niñas, niños y adolescentes antes de acudir a la tutela hubieran acudido a otras formas de participación para demostrar que no se obtuvo ninguna respuesta por parte de las autoridades competentes. No obstante, en este caso no lo hicieron así; acudieron directamente al medio excepcional de la tutela (Tribunal Superior de Bogotá, febrero 12 de 2018, pp. 18-20). En consecuencia, el Tribunal decidió no conceder a dicha población la protección de sus derechos a través de esta vía, pues consideró que la acción popular era el medio idóneo y eficaz para obtener la protección que se reclamaba.

## Insumos a un cambio de paradigma ambiental a partir del acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes

La Sentencia 4360 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (SCCCSJ) decidió la impugnación a la sentencia de primera instancia. Dicho órgano estimó que los demandantes se basan en los compromisos que adquirió el Gobierno Nacional, mediante la Ley 1753 de 2015, para reducir la deforestación y la emisión de GEI. A pesar de estos compromisos, se señaló en la demanda que la deforestación ha aumentado, y; en concreto, los informes del MADS y del IDEAM muestran que la deforestación en la Amazonía colombiana aumentó un 44% en 2016, convirtiéndose en una de las regiones con mayor alerta de deforestación (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 3).

El ejercicio judicial de las 25 niñas, niños y adolescentes conllevó una primera valoración destacable dentro de la razón de decisión de la SCCCSJ. La Corporación establece que, por regla general, la tutela no procede para proteger derechos colectivos, ya que se concibió como mecanismo de protección de derechos fundamentales. No obstante, afirma que en la jurisprudencia se ha establecido que la tutela procede “cuando el menoscabo de intereses grupales infringe, consecuentemente, garantías individuales” (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 11). La SCCCSJ considera que los derechos fundamentales como la vida, la salud, el mínimo vital, la libertad y la dignidad están ligados al ecosistema. Sin un ambiente sano, los seres sintientes no podrían sobrevivir ni podrían resguardar sus derechos, y no podría garantizarse la existencia de la familia, la sociedad o el Estado. Por eso, considera que el deterioro del ambiente es un “atentado grave para la vida actual y venidera y de todos los otros derechos fundamentales” (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 13). Concluyó entonces que en este caso fue demostrada la procedencia de la tutela porque se reúnen los supuestos jurisprudenciales y existe conexidad con los derechos fundamentales. Con ello, fortalece el precedente por medio del cual la conexidad entre el amparo a un ambiente sano con los derechos fundamentales aminora su carácter excepcional y compromete en mayor proporción el sentido *ius fundamental* de los derechos.

Con el reconocimiento de la procedencia de la acción de tutela incoada por las niñas, niños y adolescentes, el ejercicio del derecho de acceso a la justicia para el reconocimiento y amparo de los derechos fundamentales, en conexidad con el derecho colectivo a un ambiente sano, genera otras razones de decisión que tributan al cambio paradigmático jurídico ambiental en Colombia.

Frente al problema ambiental, la SCCCSJ considera que este ocupa un lugar cada vez más importante en la agenda nacional e internacional, ya que se hace más claro el hecho de que existe una amenaza creciente para la existencia del ser humano. Reconoce que los seres humanos son los principales responsables de esta situación, debido a una actitud egoísta, nociva para la estabilidad ambiental, que ha llevado a un desmedido crecimiento demográfico; a la adopción de un sistema de desarrollo basado en el consumismo y a la explotación desmedida de los recursos naturales (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 16).

No obstante, la SCCCSJ estima que con el tiempo se ha adquirido conciencia del deber de cambiar este comportamiento. Se ha ido formando una nueva idea de sociedad que ha de superar el antropocentrismo, tomando en cuenta al medio ambiente dentro del ideal de progreso. Esto da lugar a la noción de desarrollo sostenible, según la cual se busca alcanzar el equilibrio “entre el crecimiento económico, el bienestar social y la protección ambiental, bajo el entendido de que las actuaciones presentes deben asegurar la posibilidad de aprovechamiento de los recursos en el porvenir”.(Corte Constitucional de la República de Colombia, julio 27 de 2016; Corte Constitucional de la República de Colombia, julio 15 de 1992; Corte Constitucional de la República de Colombia, junio 17 de 1992; Corte Constitucional de la República de Colombia, marzo 23 de 1999; Corte Constitucional de la República de Colombia, noviembre 10 de 2016).

Por esto, la SCCCSJ plantea que, ante los riesgos que afronta el planeta, el papel de la jurisdicción en el Estado Constitucional es reconocer los derechos que, aunque en principio parecen orientarse a la protección de intereses colectivos, en realidad defienden derechos esenciales de la persona(Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 17). El Estado Constitucional se caracteriza porque busca el respeto hacia los demás y hacia el entorno, ya que los actos que deterioran la naturaleza también menoscaban los derechos fundamentales. Para sustentar esta posición, la SCCCSJ referencia la postura de Eusebio Fernández sobre el valor de la solidaridad:

Una sociedad de personas insolidarias, una comunidad de naciones donde el destino de los unos no sea objeto de atención por parte de las otras está llamada al fracaso moral y social. La solidaridad es, sobre todo, una virtud moral esencial, cuyas exigencias y obligaciones van más allá de las exigencias y obligaciones de unas relaciones sociales reguladas por la justicia. La solidaridad complementa el ideal de justicia, compensando las insuficiencias en su realización. Pero ¿en qué consiste?, en un sentimiento de comunidad, de afecto hacia el necesitado, de obligaciones compartidas, de necesidades comunes. (Fernández García, 1996, como se cita en Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 18)

Apoyándose en Gregorio Peces-Barba, la SCCCSJ dice que es necesario pasar de una ética privada, enfocada en el bien particular, a una ética pública, basada en la implementación de valores que buscan la justicia social (Peces-Barba, 1997, como se cita en Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 18). Para que esto sea posible, los derechos se deben redefinir como derechos-deberes, tal como ya lo había reconocido la Corte Constitucional de la República de Colombia, en Sentencia T-411 de junio 17 de 1992:

El titular del derecho tiene al mismo tiempo una obligación respecto de esas conductas protegidas por el derecho fundamental. No se trata que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporta la exigencia de un deber. Se trata de derechos valorados de una manera tan importante por la comunidad y por su ordenamiento jurídico que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad, sino que el Estado establece deberes para todos, al mismo tiempo que les otorga facultades sobre ellos. (Peces-Barba, 1968, p. 209)

Según la SCCCSJ, la solidaridad implica entender que el ámbito de protección de los derechos fundamentales se constituye en cada persona. Empero, el *otro*, el *prójimo*; es igualmente una dimensión de alteridad que no solo abarca a los demás, sino también a *lo demás*: especies animales y vegetales, e incluso, a los sujetos no nacidos, porque ellos merecen disfrutar de las mismas condiciones ambientales que las generaciones presentes. Al identificar a nuestros prójimos hay que tener en cuenta la dimensión temporal del discurso, ya que la solidaridad no sólo tiene sentido en nuestro tiempo, sino que se extiende a las generaciones futuras. A esto se le llama *solidaridad diacrónica* (Rodríguez, 2011, p. 55)<sup>2</sup>.

En consecuencia, con la sentencia de la SCCCSJ las niñas, niños y adolescentes logran que los derechos ambientales de los cuales son titulares como generaciones futuras estén basados en el deber de solidaridad que tenemos como especie y en el valor intrínseco que tiene la naturaleza. El primer elemento tiene sentido porque los bienes naturales son compartidos por todos los habitantes del planeta y por las generaciones venideras, que los recibirán y serán sus titulares. Por esto, si no se hace un consumo prudente, “la especie humana podrá verse comprometida en el futuro por la escasez de recursos imprescindibles para la vida” (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 20). El segundo elemento intenta ir más allá de la actitud antropocéntrica, para situar al ser humano dentro del ecosistema y evitar así el trato irresponsable de los recursos ambientales. Existe entonces una solidaridad directa con la naturaleza, ya que “el ser humano forma parte de la naturaleza siendo, a su vez, naturaleza” (Jaquenod de Zsögön, 1989, p. 29).

El incremento de los riesgos y su acelerada distribución entre sectores sociales se desprende del incumplimiento a los deberes jurídicos de los que depende la realización de los derechos fundamentales y colectivos. Por este motivo, y para darle mayor relevancia a la protección del ambiente, la SCCCSJ reitera la tesis planteada por la Corte Constitucional en la sentencia T-622 de 2016, sobre el reconocimiento de la naturaleza como un auténtico sujeto de derechos:

[...] un nuevo enfoque jurídico denominado derechos bioculturales, cuya premisa central es la relación de profunda unidad e interdependencia entre naturaleza y especie humana, y que tiene como consecuencia un nuevo entendimiento socio-jurídico en el que la naturaleza y su entorno deben ser tomados en serio y con plenitud de derechos. Esto es, como sujetos de derechos. (Corte Constitucional de la República de Colombia, noviembre 10 de 2016)

<sup>2</sup> La *solidaridad diacrónica* es un concepto que se define por oposición a la *solidaridad sincrónica*, que hace relación a los deberes que se tienen con las generaciones presentes. Lo diacrónico implica el deber de considerar las posibles afectaciones a futuro de las decisiones que se toman aquí y ahora. En este sentido, la solidaridad diacrónica implica no solo hacerse cargo y responsabilizarse por la inclusión del *otro*, como sujeto presente, sino también asumir deberes a favor de las generaciones futuras.

En aquella oportunidad la Corte Constitucional planteó que “la justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos” (Corte Constitucional de la República de Colombia, noviembre 10 de 2016). De esto derivan unas obligaciones de protección del ambiente a cargo del Estado, las cuales se deben materializar en políticas públicas responsables, en documentos CONPES, en legislación ambiental y en Planes Nacionales de Desarrollo, entre otras medidas (Corte Constitucional de la República de Colombia, noviembre 10 de 2016). Contrario a desconocer o desfigurar las obligaciones ambientales especiales que le asigna la Constitución al Estado (Artículo 80), los pronunciamientos jurisprudenciales amplifican y especializan los deberes estatales conforme las condiciones actuales y la previsión de aquellas sobre las cuales vivirán las generaciones futuras.

El precedente de la Corte Constitucional fue empleado por la SCCCSJ para reiterar que “el Estado colombiano no ha enfrentado eficientemente la problemática de la deforestación en la Amazonía” (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 41). Establece la responsabilidad en el aumento de la deforestación de las tres corporaciones autónomas regionales que operan en ese territorio, y señaló que estas autoridades ambientales “no están cumpliendo sus funciones de evaluar, controlar y monitorear los recursos naturales y de imponer y ejecutar las sanciones en caso de que se presente una violación de normas de protección ambiental en su competencia” (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 42).

La SCCCSJ también individualizó la responsabilidad de la UAEPNN, “teniendo en cuenta que la reducción de la masa forestal en áreas protegidas es una situación que por disposición normativa debe ser controlada y sancionada por dicha entidad” (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 43). Estimó que los municipios que tienen área amazónica concentran altos niveles de deforestación y no han hecho nada para contrarrestar la situación, lo que constituye un incumplimiento del deber que el artículo 3 de la Ley 1551 de 2012 impone a esas entidades para velar por el manejo adecuado de los recursos en sus territorios (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 44).

La SCCCSJ decidió revocar la sentencia de primera instancia del Tribunal Superior de Bogotá y, en su lugar, concedió la tutela a los accionantes, ordenando a las diferentes entidades accionadas la adopción de unos planes estratégicos para enfrentar la deforestación en la Amazonía. A la Presidencia de la República y al MADS les ordenó adoptar en los siguientes cuatro meses un plan de acción a corto, mediano y largo plazo para contrarrestar la deforestación y hacer frente al cambio climático (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 48). Asimismo, en un plazo de cinco meses, construir un Pacto Intergeneracional por la Vida del Amazonas Colombiano (PIVAC) contando con la participación de las niñas, niños y adolescentes, las comunidades afectadas y las organizaciones científicas y de investigación ambiental para reducir la deforestación y la emisión de GEI (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 49). A todos los municipios accionados se les ordenó en un plazo de cinco meses, ajustar sus Planes de Ordenamiento Territorial (POT) para adoptar

medidas que reduzcan la deforestación (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 49) y ordenó a Corpoamazonía, CDA y Cormacarena realizar un plan en cinco meses para adoptar medidas policivas, judiciales o administrativas tendientes a reducir la deforestación en sus áreas de competencia.

Por encima de los mandatos específicos que resultan del fallo, el empoderamiento de las niñas, niños y adolescentes como actores directos de una acción judicial para la protección de derechos fundamentales y colectivos trasciende los efectos inter-partes. Además, contribuye con las transformaciones en la procedencia de la tutela frente al reconocimiento y amparo de intereses difusos, fortalece el precedente de la titularidad de derechos de seres no humanos, la existencia de derechos bioculturales, pero sobre todo, reconoce la amenaza a derechos concretos de los que son titulares actores en calidad de generaciones futuras y el deber de protección desde las generaciones presentes.

### *Ausencias y debilidades desde el acceso a la justicia de las niñas, niños y adolescentes*

La Sentencia 4360 de la SCCCSJ destaca aspectos que promueven el cambio paradigmático del derecho ambiental. No obstante, pese al profundo sentido biocéntrico respaldado en la solidaridad, la intergeneracionalidad, la transpersonalización, y la conexidad e interdependencia entre derechos, deja entrever otros aspectos que escapan a la integralidad del supuesto fáctico que vincula el devenir de los derechos tutelados desde una visión compleja y sustentable.

Entre las ausencias y debilidades identificadas está la omisión de los flujos migratorios como consecuencia de los riesgos y calamidades naturales que se vienen intensificando por la deforestación y el cambio climático. Lo anterior reclama un enfoque diferencial sobre el desplazado ambiental como sujeto que demanda, el cual no solo acompaña el que reclama la situación para la población infante, joven y joven adulta que ve amenazados sus derechos, sino que lo supera al exigir también la incorporación de un enfoque de género que se hace imperioso a partir de las disposiciones sobre gestión del riesgo de desastres, ambiente y cambio climático. Todo esto presente en instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Colombia. Esto último se refleja de manera concreta en la desactualización de los POT de los municipios demandados por las 25 niñas, niños y adolescentes. Esta desactualización devela que la omisión normativa de incorporar la perspectiva de género desarrollada en instrumentos internacionales compromete a los poderes públicos. Además, se inserta en las entidades territoriales y autoridades ambientales, sin que se haya dado lugar a la

construcción de un referente que promueva un enfoque diferencial encaminado a prevenir procesos migratorios de sujetos de especial protección, ni a ampararlos ante riesgos, desastres o calamidades naturales a causa del cambio climático.

### *El desplazamiento ambiental: Primera necesidad de un enfoque diferencial*

En el estudio del caso se identifica una concentración de esfuerzos por acreditar un acervo probatorio que demuestra la relación entre la deforestación en la Amazonía colombiana y la vulnerabilidad de cara al cambio climático provocada por el aumento de los GEI, con la amenaza a la esperanza y calidad de vida de las generaciones presentes y futuras. En la tutela se soportó lo anterior con múltiples documentos que acreditan el potencial e irremediable perjuicio que conlleva la deforestación y el incremento de la emisión de GEI.

La articulación entre la omisión del deber ser frente al Amazonas y la amenaza a los derechos invocados en la tutela se prueba por parte de los actores a partir de los compromisos adquiridos por Colombia en la Ley 1753 de 2015 (Dejusticia, 2018), los fijados en la Contribución Prevista y Determinada a nivel nacional iNDC. (MMAD, 2015), los adquiridos con la aprobación del Acuerdo de París por medio de la Ley 1844 de 2017, y los previstos en la Estrategia integral de control a la deforestación y gestión de los bosques (EIGB) (MADS, 2017).

Sin embargo, se estima que desde los supuestos fácticos integrados a las condiciones que describen la realidad de la región Amazónica y la vulnerabilidad social al cambio climático, así como desde el fundamento jurídico que sustenta la acción, la tutela perdió de vista los flujos migratorios como secuela de las amenazas, riesgos y calamidades naturales. Estos se han intensificado en el país en los últimos años y son una consecuencia vinculada a las problemáticas ambientales acogida desde distintos ámbitos por el Estado de Colombia. Tanto en los informes aportados como prueba en el proceso de tutela, como en otros que no fueron consultados, las amenazas, riesgos y calamidades naturales se explican como efecto directo que se mantiene presente a causa de la deforestación y del cambio climático.

Entre los documentos aportados por las niñas, niños y adolescentes, en la Tercera Comunicación Nacional de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, el Estado reconoce el riesgo por cambio climático como “la probabilidad de ocurrencia de un evento amenazante relacionado con el cambio climático, respecto de la situación particular que un territorio tiene para responder, o verse afectado, a sus impactos potenciales” (IDEAM, 2017, p. 27). Lo anterior se reitera en la Contribución Prevista y Determinada a nivel nacional iNDC del MADS (2015), donde justamente prevé la articula-

ción de la adaptación al cambio climático y gestión del riesgo como una de las acciones para la adaptación de Colombia frente al Acuerdo de París; incluyendo el diseño e implementación de un sistema de alerta temprana (MADS, 2015, p. 9). Como una de las condiciones particulares de Colombia, este mismo documento reconoce que:

Según datos de la Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres, en el período 1998–2012, el 90% las emergencias del país estuvieron relacionadas con fenómenos hidroclimatológicos. Colombia busca la articulación de los procesos y esfuerzos que se realizarán en mitigación, e identifica los cobeneficios y sinergias potenciales en adaptación, que se encaminan hacia un desarrollo resiliente y compatible con los escenarios del clima en generaciones venideras. Las acciones en mitigación, disminuyen el riesgo de pérdidas y daños y los costos de adaptación a futuro, y las medidas de adaptación tienen cobeneficios en la reducción de emisiones. (MADS, 2015, p. 14)

El Gobierno Nacional se comprometió a la formulación de una política de crecimiento verde a largo plazo con la Ley 1753 de 2015. Dentro de ella prevé la implementación de la Estrategia Nacional de Reducción de Emisiones debidas a la Deforestación y Degradación Forestal, REDD+ (2015, artículo 170), incluye la formulación de una política de lucha contra la deforestación (MADS 2015, artículo 171), crea el Registro Nacional de Reducción de las Emisiones de GEI, del cual hará parte el Registro Nacional de Programas y Proyectos de acciones para la Reducción de las Emisiones debidas a la Deforestación y la Degradación Forestal de Colombia (-REDD+) (MADS, 2015, artículo 175).

Si bien en el Plan Nacional de Desarrollo de 2015 el Gobierno Nacional no hizo explícito el nexo causal entre la deforestación y la vulnerabilidad al cambio climático con los riesgos, los desastres y las calamidades naturales, y; menos aun con el desplazamiento ambiental como su consecuencia, la Ley 1844 de 2017 abre un escenario en el cual se vinculan los primeros fenómenos como parte de una misma realidad, manteniendo invisibilizada la modalidad del desplazamiento ambiental. La Ley aprobatoria del Acuerdo de París reconoce la reducción considerable de riesgos si se mantiene el aumento controlado de la temperatura (Ley 1844, 2017, artículo 2). En el artículo 8 dispone que:

la importancia de evitar, reducir al mínimo y afrontar las pérdidas y los daños relacionados con los efectos adversos del cambio climático, incluidos los fenómenos meteorológicos extremos y los fenómenos de evolución lenta, y la contribución del desarrollo sostenible a la reducción del riesgo de pérdidas y daños. (Ley 1844, 2017, artículo 8)

Por ello integra la evaluación y la gestión integral del riesgo, y la adopción de los servicios de seguro de riesgo; adicionalmente promueve los incentivos para reducir las emisiones a causa de deforestación y degradación de bosques (Ley 1844, 2017, artículo 5).

El nexo causal entre la deforestación y la vulnerabilidad al cambio climático con los riesgos, los desastres y las calamidades naturales también es visible en documentos elaborados por el gobierno nacional que justificaron la aprobación del Acuerdo de París de 2015, el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático, la Estrategia Colombiana de Desarrollo Bajo en Carbono, la Estrategia de Protección Financiera ante Desastres, y la Estrategia

Nacional para la Reducción de las emisiones debidas a la Deforestación y la Degradación Forestal de Colombia. En los documentos y legislación reseñada se identifica que la deforestación es una causa asociada al incremento de la vulnerabilidad al cambio climático, y ambos a su vez, al incremento exponencial de riesgo, ocurrencia de desastres y calamidades naturales. Justamente así queda plasmado en el PNACC que establece como objetivo último “reducir el riesgo y los impactos socio-económicos y ecosistémicos asociados a la variabilidad y al cambio climático en Colombia” (DNP, 2012, p. 11).

El desplazamiento de población como consecuencia de la ocurrencia e intensificación de los eventos naturales que generan riesgo, desastre o calamidades está al margen de la normativa nacional que viene integrando la deforestación, el cambio climático y la gestión del riesgo de desastres. De igual forma, está excluido de múltiples documentos e informes que registran la evolución y efectos de esos fenómenos; esto parece haber influido en la acción de amparo en el caso iniciado por las 25 niñas, niños y adolescentes.

El desplazado ambiental producto de los eventos señalados constituye una ausencia, que desde el proceso jurisdiccional de la acción de tutela, refleja su invisibilización en el ordenamiento jurídico nacional y en las políticas de las distintas jerarquías del poder ejecutivo:

La legislación colombiana sólo contempla el conflicto armado como causa admisible de desplazamiento interno que merece protección. Otras causas de desplazamiento contempladas en el derecho internacional, como los desastres ambientales y los proyectos de desarrollo, no están amparadas por la legislación interna sobre desplazamiento. En Colombia los desplazados por desastres ambientales son atendidos por el sistema de gestión del riesgo y atención de desastres. No obstante, este sistema ha sido criticado por tener un enfoque asistencialista, reactivo y con demasiado énfasis en obras ingenieriles como respuesta a los desastres (Banco Mundial 2012; Wilches-Chaux 2011), por lo cual hay dudas sobre si este sistema es el más adecuado para garantizar una protección con un enfoque derechos humanos. (Rubiano, 2014, pp. 434-435)

¿Por qué debe incorporarse el desplazamiento de población como fenómeno que conlleva la amenaza y vulneración de derechos como un efecto de la deforestación de la Amazonía y de la vulnerabilidad al cambio climático en Colombia? La ausencia de un referente jurídico de garantías en el ordenamiento nacional parece la respuesta más inmediata, en tanto que “Hoy en día, el único desplazamiento forzado cuya existencia se reconoce en Colombia es el vinculado con el conflicto armado interno” (Sánchez & Rubiano, 2018, p. 3).

Este vacío deja desprovisto el reconocimiento, ejercicio y protección de Derechos Humanos, especialmente de los que son titulares las niñas, niños y adolescentes como sujetos amparados por un interés superior. Este sector de la población en su calidad de generación futura estará más propensa al desplazamiento por recibir efectos más intensos, amenazantes y dañinos del cambio climático: “se trata de un fenómeno presente en la realidad de nuestro país pero sin nombramiento social y en consecuencia, “invisible” como categoría analítica, sin reconocimiento en el ordenamiento jurídico-estatal, y; por ende, sin incorporación en la agenda pública como una necesidad urgente de intervención en materia de política pública” (Gonzaga & Munevar, 2014, p. 32).

Sin embargo, el cometido inmediato frente a la identificación de la ausencia de regulaciones sobre el desplazamiento ambiental como consecuencia de la deforestación, la vulnerabilidad al cambio climático, y la ocurrencia de eventos naturales, no es subsanar un vacío o ambigüedad del ordenamiento. El cometido inmediato radica en señalar tres razones: En primer lugar, es un fenómeno que está ocurriendo en Colombia a causa de la fusión de los tres factores mencionados anteriormente; en segundo lugar, no se evidencia su comprensión y apropiación por parte de los poderes públicos, y; en tercer lugar, se trata de un fenómeno en el cual se amenazan o vulneran derechos fundamentales de generaciones presentes y futuras que en la mayoría de casos tienen la calidad de ser sujetos de especial protección constitucional. De ellos, los niños, niñas y adolescentes ya fueron reconocidos por la Sentencia 4360 de 2018 como titulares de derechos amenazados por causa de la deforestación del Amazonía colombiana y la emisión de GEI, factores que también son hecho generador del desplazamiento de población.

### *Indicios del desplazamiento ambiental en Colombia*

Sobre el desplazamiento ambiental en Colombia, Beatriz Felipe Pérez (2018) destaca que “varios estudios demuestran la relación entre los efectos del cambio climático y las migraciones en diferentes escalas” (p. 32). Por ejemplo, los elaborados por el CEAM (2012), Displacement Solutions (2015) y la Organización Internacional de las Migraciones–OIM (2017). Además, Sánchez y Rubiano (2018) explican que el Internal Displacement Monitoring Center – IDCM “incluye al país en la lista de los veinte Estados con mayor número de población desplazada por catástrofes ambientales de súbita aparición en el periodo comprendido entre el 2008 y 2014” (Sánchez & Rubiano, 2018, p. 2). Asimismo, siguiendo a la Oficina de las Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios – OCHA, destacan que “entre enero de 2013 y septiembre de 2014, 1.145.310 personas experimentaron limitaciones de movilidad en el país, de las cuales sufrieron confinamiento 290.046. Se calcula que las restricciones obedecen a desastres ambientales aproximadamente en el 3% de todos los casos” (Sánchez & Rubiano, 2018, p. 20).

El Internal Displacement Monitoring Center – IDCM, en compañía del Norwegian Refugee Council – NRC (2020), reporta que para 2019 de los casi 25 millones de nuevos desplazados por desastres naturales 174.000 se habían generado en el país (IDCM y NRC, 2020, p. 52). Solo en ese año en Colombia se generaron 35.000 desplazados a raíz de las inundaciones, incendios forestales y tormentas; sin dejar de lado la afectación de más de 30.000 personas asentadas en cuencas de ríos del departamento del Chocó (IDCM y NRC, 2020, p. 56) que se vieron afectadas por los desbordamientos con el incremento de las lluvias y pudieron verse forzadas a desplazarse.

El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2012) señalaron sobre la población damnificada por la Ola Invernal 2010 – 2011 que: “La presencia de **población en situación de vulnerabilidad** en los hogares acentúa la afectación e incide negativamente en su capacidad de respuesta ante el evento (desplazarse, buscar alimentos, trabajar cuando antes del evento no lo hacía, entre otros)” (BID & CEPAL, 2012, p. 37) (Subrayas originales de la fuente). El Gobierno Nacional en el PNACC (DNP, 2012) también reconoce que en la población más pobre está la mayor propensión a desplazarse por la ocurrencia de eventos naturales que se suman a las condiciones de vulnerabilidad:

Suele asentarse en las zonas de mayor riesgo (v.g., susceptibles de inundaciones, zonas de laderas) con condiciones habitacionales inadecuadas. [...] la mayoría de las viviendas afectadas por los fenómenos climáticos corresponden a las de esta población. Estos eventos pueden generar situaciones de desplazamiento y migración. (DNP, 2012, p. 38)

El desplazamiento ambiental y su potencial ocurrencia en generaciones presentes y futuras está vigente en el territorio nacional, y uno de los hechos que conduce a su intensificación es la deforestación de la Amazonía. Ésta conlleva el incremento de las condiciones de vulnerabilidad por cambio climático, y con ello, de los eventos naturales que desencadenan desastres y calamidades. Entender el supuesto hipotético al que debe hacer frente el ordenamiento jurídico para desplegar un enfoque diferencial de protección de derechos implica comprender las especificidades de esa modalidad de desplazamiento.

## *Comprensión del desplazamiento ambiental*

Egea y Soledad explican que el desplazado ambiental se asocia a motivos o causas medioambientales que suelen estar presentes o asociadas a definiciones de “migraciones forzadas” (2011, p. 202) tanto si se trata de eventos naturales o de aquellos provocados por las transformaciones del ambiente debido a conductas humanas. Explican que Hinnawi reseñó el concepto por primera vez refiriéndose a personas que:

[...] se han visto forzadas a dejar su hábitat tradicional, de forma temporal o permanente, debido a un marcado trastorno ambiental, ya sea a causa de peligros naturales y/o provocado por la actividad humana, como accidentes industriales o que han provocado su desplazamiento permanente por grandes proyectos económicos de desarrollo, o que se han visto obligados a emigrar por el mal procesamiento y depósito de residuos tóxicos, poniendo en peligro su existencia y/o afectando seriamente su calidad de vida. (Hinnawi, 1985, p. 4, como se cita en Egea & Soledad, 2011, p. 203)

En este punto se entiende al desplazado ambiental como consecuencia de una modalidad de desplazamiento no voluntario. De ahí que su figura encaje dentro de la modalidad forzada, en la que incide la presión o la necesidad de movilizarse a otro territorio. Además, se

asume como un fenómeno multicausal, vinculado al riesgo de desastres y a la vulnerabilidad frente al cambio climático, en la medida que depende de la amplia gama de posibilidades que configuran la ocurrencia de un evento natural con tipología, intensidades y correlaciones diversas; una vez desatado, está íntimamente asociado a la modalidad de un evento riesgoso, desastroso o calamitoso. Como explican Egea y Soledad (2011): “los desplazados ambientales son damnificados por la concurrencia e interrelación de fenómenos naturales y de la intervención de la población en el medio ambiente” (p. 203). De ahí que el desplazado ambiental haya sido definido por organizaciones internacionales competentes teniendo en cuenta las circunstancias en las cuales se genera el fenómeno. Por ejemplo, la OIM ilustra la figura como:

[...] las personas o grupos de personas que, por motivo de cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente, que afectan adversamente su vida o sus condiciones de vida, se ven obligados a abandonar sus lugares de residencia habituales, o deciden hacerlo, bien sea con carácter temporal o permanente, y que se desplazan dentro de sus propios países o al extranjero. (OIM, 2007, p. 3, como se cita en Jiménez & Soledad, 2011, p. 203)

Acevedo Menanteau (2014) se apoya en la definición del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y explica al desplazado ambiental como persona que se moviliza por motivos vinculados a las afectaciones ambientales; coincidiendo con la línea expuesta por Egea y Soledad (2011) en la que se diferencian las modalidades a partir del motivo que causa el desplazamiento: naturales o antrópicas. De manera que esta nueva tipología exige “comprender una crisis más allá de la ecológica, para revelar una crisis humana que pone en tensión derechos fundamentales y colectivos de comunidades reconocidas o difusas del presente y la puesta en incertidumbre de los derechos de las generaciones futuras” (Gonzaga & Munévar, 2014, p. 38).

Teniendo en cuenta lo anterior, nos enfrentamos a un fenómeno que no es voluntario, sino forzoso y asociado al acontecimiento de eventos naturales. Esta combinación ligada a dichos eventos, señala la existencia de circunstancias de amenaza y vulnerabilidad de los derechos de generaciones presentes y futuras; las cuales, entendidas como objeto de medidas de prevención, quedan expuestas al desarraigo y a la necesidad de emprender un forzoso cambio de vida.

En el caso del deterioro de la Amazonía se produce una alteración ecosistémica tan significativa que altera el clima nacional y global, incrementando las condiciones de amenaza y vulnerabilidad poblacional que hace imposible descartar el desplazamiento como consecuencia. La confluencia de amenaza y vulnerabilidad no se restringe a una dimensión naturalista o de recursos, sino a una que amenaza el ambiente desde una visión biocéntrica, de la cual hacen parte las poblaciones humanas asentadas en el territorio. Dicho de otra forma, los efectos no se restringen a los ecosistemas, también incluyen a las personas establecidas en ellos y que por causa de su deterioro o desaparición se ven en la imposición de desplazarse, lo que acredita la imperiosa necesidad de reconocer jurídica y políticamente la

modalidad de desplazado ambiental, y de desarrollar y ejecutar un enfoque diferencial para los supuestos en los cuales se vean involucrados con el riesgo, el desastre y las calamidades naturales que se mantienen e intensifican a raíz de la deforestación.

### *La perspectiva de género: Segunda necesidad de un enfoque diferencial*

A partir de la Sentencia 4360 de la SCCCSJ quedó en evidencia que, a la luz de los determinantes de gestión del riesgo, los POT —principales instrumentos de la planeación de la función pública del urbanismo que fueron demandados— no han surtido la incorporación de la perspectiva de género, asegurando la función referente con la que promueve un enfoque diferencial, entre otros; encaminado a la prevención de procesos migratorios de sujetos de especial protección por la ocurrencia de riesgos, desastres y calamidades naturales.

De acuerdo con el contenido del artículo 10 de la Ley 388 de 1997, la gestión del riesgo de desastres obedece a la naturaleza de determinante de superior jerarquía y se impone a las entidades territoriales locales en la formulación y ejecución de los POT, y con ellos, de las demás acciones urbanísticas, supuesto que impone el deber de reglamentar el ordenamiento territorial incorporando las políticas y normas del orden nacional referentes a la gestión del riesgo de desastres, sin que se evadan o excluyan las disposiciones internacionales con las que se comprometió el Estado de Colombia. De ello se desprende un compendio engrandecido y suficiente para motivar las decisiones sobre el ordenamiento territorial articulado a la gestión del riesgo de desastres, que sustente un enfoque diferencial para poblaciones vulnerables ante los efectos de la deforestación y la emisión de GEI.

Sin embargo, a la omisión de la perspectiva de género en los POT se suma su ausencia en las normas nacionales relacionadas con la gestión del riesgo de desastres, un vacío del ordenamiento jurídico nacional que incide en los procesos de reglamentación ejecutados por los municipios al momento de formular sus POT, lo que se perpetua con el silencio y falta de iniciativa de la legislación y la reglamentación nacional frente a la articulación de la perspectiva de género con la gestión del riesgo, y que se agrava con la inactividad de los municipios, que con base en la autonomía administrativa que los habilita en el ejercicio de la autoreglamentación, tampoco han adoptado esa perspectiva valiéndose de las disposiciones internacionales con las que se comprometió el Estado.

Las referencias internacionales más sobresalientes a partir de las cuales el municipio puede desplegar su capacidad reglamentaria en ejercicio de su autonomía administrativa se concentran principalmente en tres instrumentos que han servido como escenario para la articulación de la perspectiva de género y la gestión del riesgo de desastres. El primero

de ellos es el Documento Final adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro (Río+20) que hace explícita la relación entre el ordenamiento territorial y la gestión del riesgo, el cual está apoyado por el Marco de Acción y Seguimiento, que acoge la planeación urbana respaldada en la reducción del riesgo de desastre, los riesgos emanados del cambio climático y la resiliencia como parte de sus componentes intersectoriales (ONU, 2012).

En el Documento Final de Río+20, a la integración entre ordenamiento territorial y gestión del riesgo de desastres se suma una disposición que cohesiona esas dos funciones administrativas con la perspectiva de género. El punto 188 del Documento Final de Río+20 (ONU, 2012, p. 40) en un primer momento enfatiza en la obligación de articular la gestión del riesgo de desastres con la planificación del desarrollo, lo que en el caso colombiano se traduce también en la integración de la planificación del ordenamiento territorial, toda vez que ambas modalidades de planificación no son jurídicamente asumidas como procesos antagónicos, separables o distantes, sino que, por el contrario, de acuerdo a la legislación que las regula —Ley 152 de 1994, artículo 41, y Ley 388 de 1997, artículo 21— son componentes de un mismo modelo de planeación, donde la que se ocupa del ordenamiento territorial es complemento de la que se enfoca en lo social, económico y ambiental. Esa primera articulación entre el ordenamiento territorial y la gestión del riesgo de desastres fue adoptada y desarrollada por el ordenamiento jurídico nacional, en los artículos 39, 40, 41 y 42 de la Ley 1523 de 2012, reforzando el carácter de determinante de superior jerarquía previsto por la Ley 388 de 1997 en el artículo 10. Pero adicional al primer énfasis que hace el punto 188 del Documento Final de Río+20, la misma disposición contempla: “la necesidad de integrar una perspectiva de género en la elaboración y ejecución de todas las fases de gestión del riesgo de desastres” (ONU, 2012, p. 40); disposición que no tiene asiento en la legislación nacional, y que debe tributar en la transformación paradigmática del Derecho ambiental en la misma sintonía pregonada por la Sentencia 4360 de 2018.

El contenido del punto 188 del Documento Final de Río+20 no es un referente aislado sobre la perspectiva de género en la gestión del riesgo de desastres, a este se suma el llamado por reposicionar el ejercicio de los derechos y deberes de la mujer en el desarrollo sostenible por considerarlos componentes transversales para ese modelo de desarrollo, fortaleciendo la apuesta realizada en Johannesburgo (2002) donde se reconoció que es imposible asegurar el desarrollo sostenible si se mantienen las condiciones de desigualdad entre hombres y mujeres, en especial si no se relocaliza a las mujeres lejos del pensamiento patriarcal en el cual el ejercicio de sus Derechos Humanos se ve amenazado.

El resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro (Río+20), es el compromiso adquirido por los Estados para superar el pensamiento patriarcal, el sexismo y la subordinación femenina en el desarrollo sostenible, lo que

promueve desde aspectos como el uso del lenguaje hasta el reconocimiento que se quiere hacer a través de él en escenarios concretos que convocan en la protección y defensa del ambiente, promoviendo la incorporación de la defensa de la igualdad y la equidad a partir de las particularidades diferenciales que definen el rol público y privado de la mujer en esos escenarios, como debe suceder en la gestión del riesgo de desastres.

Los dos instrumentos que acompañan los contenidos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro (Río+20) que tributan en el cambio de la visión paradigmática del Derecho ambiental, son el Acuerdo de París y el Marco de Acción de Sendai (MAS), ambos adoptados en el año 2015, y alineados con los progresos por la integración de la perspectiva de género en la gestión del riesgo de desastres. El MAS reconoce la perspectiva de género como un principio rector que debe ser fuente de inclusión y de superación de la exclusión, al pregonar la necesidad de privilegiar el liderazgo de la mujer (MAS, 2015). Entre sus contenidos, la prioridad relacionada con “Aumentar la preparación para casos de desastre a fin de dar una respuesta eficaz y reconstruir mejor en los ámbitos de la recuperación, la rehabilitación y la reconstrucción” (MAS, 2015, p. 21) se remite a la perspectiva de género como una labor que debe ser asegurada por las mujeres en todas y cada una de las etapas citadas, pero además, también debe conllevar la transmisión de las enseñanzas adquiridas con base en experiencias previas, de manera que sea posible brindar un tratamiento eficaz en supuestos de exposición de bienes y personas que estén en situación de vulnerabilidad y amenaza.

Con base en lo anterior, para el nivel nacional y local, el MAS dispone el desarrollo, mantenimiento y fortalecimiento de los sistemas de alerta temprana y de predicción de amenazas, los cuales deben estar soportados en escenarios y procesos de participación que se adapten a las particularidades de género (MAS, 2015, p. 21). Adicionalmente, el papel que debe desempeñar la mujer es elevado al de un actor pertinente, especificando:

La participación de las mujeres es fundamental para gestionar eficazmente el riesgo de desastres, así como para diseñar, dotar de recursos y poner en práctica políticas, planes y programas de reducción del riesgo de desastres con perspectiva de género; es necesario que se adopten medidas de creación de capacidad con el fin de empoderar a las mujeres para la preparación ante los desastres y el desarrollo de su capacidad para asegurar medios alternativos de vida en situaciones posteriores a los desastres. (MAS, 2015, p. 23)

Finalmente, conservando la línea demarcada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible de Río de Janeiro (Río+20), el Acuerdo de París suma disposiciones por la incorporación de la igualdad de género y por el empoderamiento de la mujer, al considerar que ambos cometidos son elementos que permiten avanzar en la superación del cambio climático (2015, p. 2), lo que confirma al citar dichos argumentos en su parte motiva (2015, p. 23), y al citar la perspectiva de género como una de las acciones obligadas para impulsar la adaptación al cambio climático, arrastrando con ella la participación de grupos específicos que empleen sus conocimientos locales y tradicionales (2015, p. 29).

## El reconocimiento de la legitimación en la causa por activa y de la titularidad del ejercicio directo de acciones judiciales de las niñas, niños y adolescentes

El contenido de la Sentencia 4360 de 2018 representa una tendencia progresista que se viene configurando en algunos sectores del poder judicial y que promueve significativos cambios en la comprensión jurídica del ambiente. De forma especial, ese pronunciamiento se causa gracias a un grupo de demandantes adscritos a un sector social que, si bien en la cotidianidad accionan de manera recurrente ante el poder judicial, no es común que lo hagan invocando la protección de derechos colectivos en conexidad con derechos fundamentales. De igual forma es raro que invoquen la titularidad de esos derechos bajo la calidad de generaciones futuras, y más aún, que la acción sea promovida de manera conjunta por un grupo tan diverso y plural en lo cultural y territorial. La acción de tutela que da lugar a la Sentencia 4360 de 2018 es resultado de una iniciativa coordinada, basada en el empoderamiento consciente sobre las condiciones que en la actualidad comprometen el futuro de la humanidad.

El ejercicio del derecho de acceso a la justicia en el caso de las 25 niñas, niños y adolescentes se desarrolla a partir de la legitimación en la causa como un supuesto, que si bien no se cuestiona dentro del proceso judicial de la tutela, instala preguntas tanto tradicionales sobre las condiciones de igualdad y seguridad jurídica que dicha población tiene en Colombia para ejercer el acceso a la justicia; como de otras que emergen en la sociedad del riesgo y que pueden comprometer nuevas y más amplias formas de participación de ese sector de la población.

En este caso concreto, la acción de tutela pretendía la protección de un derecho colectivo en cabeza de toda una comunidad, razón por la cual el Tribunal Superior de Bogotá reconoció que existía legitimación activa por parte de las niñas, niños y adolescentes en la medida que son personas que se pueden ver lesionadas en la garantía al medio ambiente y en otras garantías fundamentales que sean conexas. Tampoco la SCCCSJ encontró reparo frente a la legitimidad en la causa por activa de las niñas, niños y adolescentes “como personas que se puedan ver lesionados en la garantía al medio ambiente” (Corte Suprema de Justicia, abril 5 de 2018, p. 5). La Sentencia 4360 de 2018 y la previa de primera instancia son unánimes en el reconocimiento del ejercicio jurídico de las niñas, niños y adolescentes como titulares legítimos de una acción constitucional por medio de la cual se empoderan como sujetos políticos.

El ejercicio de acceso a la justicia adelantado por las niñas, niños y adolescentes en el caso de la deforestación de la Amazonía refresca los referentes jurídicos por medio de los cuales este sector de la población puede legitimarse como actor en distintas causas que comprometen sus derechos presentes y futuros. La Constitución Política de 1991 y la Convención de los Derechos del Niño son algunos de esos referentes.

Además, en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 no se diferencia un criterio cronológico para que una persona pueda ser actor de tutela. En lo que respecta a la población mencionada, la Norma Superior contiene por lo menos dos disposiciones, a partir de las cuales se fundamenta su legitimación en la causa para promover el reconocimiento y defensa de sus derechos. El artículo 44 reconoce la prevalencia de los derechos de las niñas y niños por encima de los derechos de los demás, y el 45, la formación y protección integral de los adolescentes. De allí que la validez y eficacia de una acción de tutela ejercida directamente por niñas, niños o adolescentes no pueda ser considerada como una acción menor a la ejercida por cualquier otra persona. De hecho, debe dársele prevalencia por la protección especial que reviste a ese sector de la población, en aras al principio de interés superior que reconoce el ordenamiento. En ese escenario, frente a la tutela, la Corte Constitucional sostiene que:

se tiene que la edad no constituye un factor diferenciador ni limitante frente a su ejercicio, por cuanto no existe una exigencia expresa sobre la mayoría de edad para presentarla, lo que permite que los niños puedan tramitar pretensiones a través de acción de tutela sin que, para ello, requieran actuar a través de sus padres o representantes legales. (Corte Constitucional de la República de Colombia, marzo 23 de 1999)

En ese sentido, también reconoce que:

La Constitución ha conferido la acción de tutela a todas las personas, es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños. (Corte Constitucional de Colombia, julio 15 de 1992)

Además, junto a la Constitución Política de 1991 la Convención de los Derechos del Niño reconoce la autonomía progresiva o capacidad habilitante que hace de las niñas, niños y adolescentes titulares de la legitimación en la causa ante el poder judicial. La Convención sobre los Derechos del Niño promueve un cambio de visión que apoya el supuesto de su ejercicio como titulares de acciones judiciales. La Convención los reconoce como sujetos de derechos y no como objetos de protección, lo cual se traduce en un cambio trascendental en el enfoque con el cual el Estado concibe a los menores de 18 años; reconociéndolos como personas dotadas de una autonomía progresiva o capacidad habilitante para el desempeño de sus actos y decisiones, la cual debe ir articulada a la evolución de sus facultades.

No sobra mencionar que el ordenamiento jurídico colombiano contempla el deber de las autoridades competentes de ayudar a que las niñas, niños y adolescentes encausen satisfactoriamente las acciones de tutela que deseen interponer. Gracias a la doctrina procesal, específicamente a la competencia a prevención, el niño no necesita conocer exactamente cual es la autoridad competente que debe asistirlo en la protección de sus derechos. De manera coordinada, las autoridades deben encauzar las acciones ejercidas por los niños para que se dirijan a los funcionarios competentes y se les dé el trámite adecuado. Los niños pueden dirigirse a la Comisaría de Familia, al Defensor de Familia y a las autoridades administrativas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar–ICBF, incluso a la Personería y a la Policía. Todas estas autoridades están en la obligación de activar la ruta correspondiente a fin de proteger sus derechos.

## Conclusiones

El desplazamiento ambiental y la perspectiva de género se mantienen pendientes de ser jurídicamente reconocidos como dos enfoques diferenciales necesarios para la protección de Derechos Humanos. Desde esos enfoques se desprenden varias consecuencias para el ordenamiento jurídico y el efectivo cumplimiento de los fines del Estado por parte de las autoridades competentes, las cuales deberían ser incluidas en una valoración integral que propenda por un marco de garantías reforzado ante la vulnerabilidad poblacional frente al cambio climático.

Inicialmente, la invisibilización de ambos enfoques como parámetros que deben reforzar el amparo de los derechos invocados por los sujetos de especial protección constitucional que se definen como generaciones presentes y futuras, no solo devela la omisión de los poderes públicos del Estado frente a la incorporación y desarrollo de los mencionados enfoques en el ordenamiento jurídico nacional como un marco de garantía para el reconocimiento y amparo de los derechos constitucionales, sino también el incumplimiento en la realización y materialización efectiva de esos derroteros como compromisos de ajuste del orden jurídico interno.

Adicionalmente, la invisibilización refleja debilidades frente a la comprensión de los problemas sociales que reposan bajo cada uno de los enfoques. A su vez se aprecia el reduccionismo y parcialización de las consecuencias de la deforestación del Amazonas y el aumento a la vulnerabilidad frente al cambio climático; no se comprende por completo la generación de desplazamiento forzado a causa del incremento e intensidad de los eventos naturales desastrosos y calamitosos vinculados al cambio climático agravado por la emisión de GEI y la deforestación.

En el caso del enfoque de género, las múltiples disposiciones contenidas en instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Colombia no se reflejan en la normativa nacional, ni en el desarrollo reglamentario que ha sido adoptado por el poder legislativo, ni por el poder ejecutivo, y, tampoco en las normas que pueden ser elaboradas por las entidades territoriales en ejercicio de su autonomía a partir de las pocas disposiciones amplias y dispersas sobre la gestión del riesgo de desastres que reposan en el ordenamiento jurídico colombiano. De ahí que el ordenamiento territorial está desprovisto de un componente de superior jerarquía que debe guiar la planeación territorial en la escala local.

A diferencia del enfoque de género, la categoría de desplazado ambiental refleja una situación aún más incipiente y menos desarrollada para el caso de Colombia. La falta de reconocimiento de esa modalidad de desplazamiento forzado se traduce en un vacío, en la privación de un marco que garantice el cumplimiento del deber general de aseguramiento de derechos. Además, refleja que en el caso de Colombia se trata de un fenómeno que a pesar de estar ocurriendo por las causas ya señaladas, hay pocas evidencias de su comprensión y apropiación por parte de los poderes públicos.

## Referencias

- Acevedo Mananteau, P. (2014). *Desplazados ambientales, globalización y cambio climático. Informe IWGIA 20*. Observatorio Ciudadano-Grupo Internacional de trabajo sobre asuntos indígenas. [https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2018/02/doc-trabaso12-desplazados-ambientales\\_globalizacion-2011.pdf](https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2018/02/doc-trabaso12-desplazados-ambientales_globalizacion-2011.pdf)
- Banco Interamericano de Desarrollo & Comisión Económica para América Latina. (2012). *Valoración de daños y pérdidas. Ola invernal en Colombia 2010-2011*. Organización de las Naciones Unidas. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/37958-valoracion-danos-perdidas-ola-invernal-colombia-2010-2011>
- Bauman, Z. (2000). *La modernidad líquida*. Fondo de la Cultura Económica.
- Beck, U. (2002). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). (2018). Acción de Tutela ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá – Sala Civil.
- Constitución Política de Colombia [Const.]. Julio 7 de 1991. (Colombia).

- Coral Díaz, A. M. (2012). Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja. *Opinión Jurídica*, 11(22), 17-30.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T459 de 1992 [M.P. José Gregorio Hernández Galindo; julio 15 de 1992].
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T411 de 1992 [M.P. Alejandro Martínez Caballero; junio 17 de 1992].
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T182 [M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano; marzo 23 de 1999].
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T622 de 2016 [M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; noviembre 10 de 2016].
- Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T389 de 2016 [M.P. María Victoria Calle Correa; julio 27 de 2016].
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia STC4360-2018 [M.P. Luis Armando Tolosa Villabona; abril 5 de 2018].
- De Julios-Campuzano, A. (2018). Los derechos humanos en la sociedad del riesgo. Crisis del Estado, justicia intergeneracional y medio ambiente. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, (37), 66-94.
- Departamento Nacional de Planeación – DNP. (2012). *Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (PNACC) ABC: Adaptación bases conceptuales. Marco conceptual y lineamientos*. <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/476-plantilla-cambio-climatico-%2032>
- Egea Jiménez, C. E. & Soledad Suescun, J. I. (2011). Los desplazados ambientales, más allá del cambio climático. Un debate abierto. *Cuadernos Geográficos*, 49(2), 201-215.
- Felipe Pérez, B. (2018). *Migraciones Climáticas: Una aproximación al panorama actual*. <https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2018/11/Informe-migraciones-climáticas-una-aproximación-al-panorama-actual.pdf>
- Galindo, J. (2015). El concepto de riesgo en las teorías de Ulrich Beck y Niklas Luhmann. *Acta sociológica*, (67), 141-164. <http://dx.doi.org/10.1016/j.acso.2015.03.005>

- Gonzaga, J., & Munévar, C. A. (2014). El desplazamiento ambiental por factores asociados al cambio climático: Emergencia social, política y jurídica del cambio ambiental global. En: J. Gonzaga Valencia (Ed). *Cambio climático y desplazamiento ambiental forzado: Estudio de caso en la Ecoregión Eje Cafetero en Colombia* (pp. 19 – 47). Universidad La Gran Colombia. [https://www.ugc.edu.co/sede/armenia/files/editorial/cambio\\_climatico\\_desplazamiento\\_ambiental.pdf](https://www.ugc.edu.co/sede/armenia/files/editorial/cambio_climatico_desplazamiento_ambiental.pdf)
- Instituto de Hidrología, Meteorología estudios Ambientales (IDEAM). (2017) *Tercera Comunicación Nacional de Colombia a la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*. [http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/023732/RESUMEN\\_EJECUTIVO\\_TCNCC\\_COLOMBIA.pdf](http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/023732/RESUMEN_EJECUTIVO_TCNCC_COLOMBIA.pdf)
- Internal Displacement Monitoring Center (IDCM) y el Norwegian Refugee Council (NRC). (2020). *Global Report on Internal Displacement*. <https://migracionesclimaticas.org/wp-content/uploads/2020/04/2020-IDMC-GRID.pdf>
- Jaquenod de Zsögön, S. (1989). *El Derecho ambiental y sus principios rectores*. M.O.P.U.
- Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9ª de 1989, y la Ley 3ª de 1991 y se dictan otras disposiciones. Julio 18 de 1997. DO No. 43.091.
- Ley 1551 de 2012. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Julio 6 de 2012. DO No. 48.483.
- Ley 1753 de 2015. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”. Junio 9 de 2015. DO No. 49.538.
- Ley 1844 de 2017. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de París”, adoptado el 12 de diciembre de 2015, en París, Francia. Julio 14 de 2017. DO No. 50.294.
- Martínez Miguelez, M. (2004). *Ciencia y arte en la metodología cualitativa*. Editorial Trillas.
- Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de la República de Colombia. (2015). *Contribución Prevista y Determinada a nivel nacional iNDC*. <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1784-plantilla-cambio-climatico-46#indc-contribución-prevista-y-determinada-a-nivel-nacional-indc-colombia>
- Organización de las Naciones Unidas. (2002). Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible. Disponible [http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp\\_PD.htm](http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/WSSDsp_PD.htm)
- Organización de las Naciones Unidas. (2012). Documento final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. [https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1\\_spanish.pdf.pdf](https://rio20.un.org/sites/rio20.un.org/files/a-conf.216-l-1_spanish.pdf.pdf)

- Organización de las Naciones Unidas. (2015). Convención Marco sobre el Cambio Climático. Acuerdo de París. <https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/spa/l09s.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030. [https://www.unisdr.org/files/43291\\_spanishsendaiframework1fordisasterri.pdf](https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframework1fordisasterri.pdf)
- Peces-Barba, G. (1968). *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Eudema Universidad.
- Rodríguez Palop, M. E. (2011). *Claves para entender los nuevos derechos*. Editorial Catarata.
- Rubiano Galvis, S. (2014). La protección del desplazamiento forzado por desastres ambientales en Colombia: Hacia una perspectiva de Derechos Humanos. En: *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables* (pp. 431-475). [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv\\_pdf/DHGV\\_Manual.431-476.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/dhgv_pdf/DHGV_Manual.431-476.pdf)
- Sánchez, B. E., & Rubiano, S. (2018). *Territorios en transformación, derechos en movimiento. Cambio ambiental y movilidad humana en Colombia*. Universidad de Los Andes.
- Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil de Decisión Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia N.º 11001220300020180031900 [M.P. Jorge Eliecer Moya Vargas; febrero 12 de 2018].

# RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HEREDITARIOS Y SUCESORALES A LOS HIJOS DE CRIANZA EN COLOMBIA<sup>1</sup>

---

María Clara Castro Restrepo\*, Lina Marcela Estrada Jaramillo\*\*

## Resumen

La familia de crianza como tipología de familia se ha conceptualizado en diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, recibiendo diferentes derechos. No obstante, aún no cuenta con reconocimiento de derechos sucesorales, a pesar de los vínculos afectivos que se desarrollan entre padres e hijos. De allí que en este capítulo se pretenda responder la siguiente pregunta: ¿Cuáles derechos hereditarios y sucesorales podrían otorgarse a los hijos de crianza en Colombia, en aras de igualar sus derechos a los de los hijos adoptivos y biológicos? La metodología fue cualitativa, con una visión hermenéutica, usando la técnica documental. Se concluye que se requiere reformar el Código Civil colombiano para incluir dicha familia como fuente de filiación y como una forma de parentesco.

## Palabras clave

Familia de crianza; Hijos; Filiación; Parentesco; Régimen sucesoral; Derechos hereditarios; Órdenes sucesorales.

---

<sup>1</sup> Este capítulo se realiza en el marco de la Maestría en Derecho y del proyecto de investigación del Centro de Investigación para el Desarrollo y la Innovación (CIDI), radicado 303C- 11/18-37, adelantado por el Grupo de Investigación en Derecho, Línea Derecho, Sociedad y Mercado.

\* Abogada, Universidad Eafit. Especialista en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Aspirante a magíster en Derecho. Asesora del Área de Derecho Privado del Consultorio Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. Correo electrónico: mcastro1@eafit.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6828-9152>

\*\* Abogada, Universidad de San Buenaventura. Especialista en Derecho de Familia, Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Docente Investigadora de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: lina.estrada@upb.edu.co; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8162-7272>

## Introducción

En Colombia se vienen presentando procesos de transformación y modernización a nivel social, cultural y económico, lo que ha llevado a cambios en la institución de la familia. Esta es la razón por la cual se han desarrollado nuevas tipologías; es decir, se está construyendo jurisprudencialmente una aproximación conceptual, ante la necesidad de reconocer nuevas organizaciones filiales dentro del ordenamiento jurídico. Por medio de la acción de tutela, se han reconocido derechos a la familia de crianza en sentencias del Consejo de Estado (CE), la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y la Corte Constitucional (CC), derechos de naturaleza prestacional o económica: afiliación a la seguridad social para ser beneficiario en salud y en las cajas de compensación familiar, beneficios económicos derivados de convenciones y pactos colectivos, indemnizaciones por muerte y reconocimiento de pensión de sobreviviente<sup>2</sup>. Sin embargo, no se han reconocido derechos sucesoriales, desconociendo los lazos familiares que desarrollan los hijos y los padres de crianza, basados en la solidaridad, el amor y la ayuda; lazos afectivos y de dependencia económica.

Aun así, encontramos reconocimiento de esta nueva tipología de familia, no solo en la doctrina, sino también en la normatividad. Al respecto, autores como Parra (2019) y Montoya (2013) la incluyen en la clasificación de las familias desde la óptica de la historia, la sociología y la ciencia jurídica; y en la normatividad goza de protección en el artículo 42 de la Constitución Política y del respaldo de varias herramientas internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 16, num. 3.º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 11, 17 y 19) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 7, 10 y 11), que le garantizan a la familia asistencia, auxilio y amparo por el Estado, el cual, a su vez, debe implementar medidas que protejan a todos sus miembros. Además, es de resaltar el interés de este tema en trabajos académicos desarrollados en especializaciones (Álvarez, 2013; Portela, 2015), maestría (Amortegui, 2018) y en pregrado de Derecho (García, 2015; García, 2019). Estos escritos académicos advierten la necesidad de protección jurídica de dichas familias, de acuerdo con los principios constitucionales de pluriculturalidad, solidaridad e igualdad, y el deber de regulación con ocasión de la comisión legislativa absoluta del Congreso.

Esta investigación parte de la definición de la familia de crianza como aquella agrupación de personas que no tienen ni lazos consanguíneos ni jurídicos, sino que se vinculan por lazos fácticos, desarrollados en la convivencia en el hogar común, es decir, relaciones de afecto, respeto, amor, solidaridad, cuidado, auxilio, asistencia y protección. El capítulo se organiza en tres secciones. En la primera se analiza la literatura académica y jurisprudencial colombianas sobre la familia de crianza y los derechos reconocidos a sus integrantes y, ante

<sup>2</sup> A continuación, algunos casos de la CC: las tutelas 592 de 1997, 606 de 2013, 942 de 2014, 519 de 2015, 074 de 2016 y 292 de 2016; de la CSJ: las sentencias 14680- 2015, 6009-2018 y 6009-2018; del CE: los radicados 17997-2009 y 31252- 2013.

la inexistencia de una ley específica, se argumenta la necesidad de una regulación jurídica, en aras de que se reconozcan derechos hereditarios. En la segunda se estudia, a partir del derecho comparado, el reconocimiento de derechos a familias similares a las de crianza. Finalmente, se propone una reforma normativa en Colombia para regular esta familia desde la Ley, en cumplimiento de la Constitución de 1991, y, de esta manera, reformar varios artículos del Código Civil referentes al parentesco y a la filiación para modificar los órdenes sucesorales e incluir a los hijos de crianza y demás miembros de esta familia.

## Metodología

El problema de esta investigación se planteó a partir de la siguiente pregunta: ¿Cuáles derechos hereditarios y sucesorales podrían otorgarse a los hijos de crianza en Colombia, en aras de igualar sus derechos a los de los hijos biológicos y adoptivos? Para desarrollar este problema, se eligió la metodología cualitativa bajo un enfoque hermenéutico, con la finalidad de interpretar y analizar la legislación, la jurisprudencia de las Cortes y los artículos académicos. Para el rastreo documental se utilizaron bases de datos académicas como Ebsco, Scopus, Redalyc, Scielo, Dialnet y Lexbase y las bibliotecas y repositorios de la Universidad de Antioquia, la Pontificia Bolivariana, la de los Andes, la Pontificia Javeriana y la Eafit mediante los siguientes criterios de búsqueda: Familia and Crianza and Derechos.

La herramienta utilizada para la recolección y clasificación de la información fue la elaboración de fichas normativas, hermenéuticas y bibliográficas que contenían categorías como: identificación del texto y del autor, objetivo y estructura del texto, citas, palabras clave, referencias, entre otras. Además, se hizo una matriz donde se analizaron los hechos, derechos, problemáticas y palabras clave de las fuentes, para así estructurar la organización de los temas de la investigación.

## Normativa y jurisprudencia colombianas de los derechos hereditarios de los hijos de crianza

Partiendo del hecho de que la familia es la organización social más importante del Estado, la cual se encuentra reconocida así en la Constitución, se consagra desde la Ley la tipología familiar tradicional del matrimonio y de la unión marital de hecho; sin embargo, debido a los procesos de transformación y modernización a nivel social, cultural y económico presen-

tados a lo largo del siglo XX, se contemplan diferentes clasificaciones, como la familia de crianza, que, sin una regulación legal, ha sido reconocida a través de la jurisprudencia de las altas Cortes mediante la construcción de categorías y conceptos teóricos.

La Constitución Política de 1991 proyecta el principio de igualdad del núcleo familiar en el artículo 42, al garantizar derechos a los hijos procreados en el matrimonio o fuera del mismo, en la unión marital de hecho y, además, a aquellos que son fruto de vínculos diferentes a los jurídicos y biológicos. Posteriormente, la CSJ, mediante fallo 6009 de 2018, profirió una decisión judicial que permitió una nueva visión del concepto de familia, al reconocer la igualdad de condiciones para hijos biológicos y los de crianza. Esta decisión estuvo fundamentada en la Sentencia de la CC T-887 de 2009, sobre la importancia de los vínculos familiares para la niñez, y en dos decisiones del CE (2009, 17997) y (2013, 31252) que definieron la familia desde los vínculos de afecto, apoyo, solidaridad y amor. Así lo expresó la CSJ (2018):

El grupo familiar está compuesto no solo por padres, hijos, hermanos, abuelos y parientes cercanos, sino que incluye a personas entre quienes no existen lazos de consanguinidad, pero puede haber relaciones de apoyo y afecto incluso más fuertes, de ahí que no haya una única clase de familia, ni menos una forma exclusiva para constituirla. [...] Se distinguen diversas clases de familia, por adopción, matrimonio, unión marital entre compañeros permanentes, de crianza, monoparentales y ensambladas. (p. 17)

La CSJ, ante la solicitud de la demandante de que reconocieran a sus padres como de crianza y ante su petición de tutelar los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de debido proceso, señaló que el reconocimiento jurisprudencial de esta familia hace que se determinen y se aprueben derechos patrimoniales a quienes la integran.

Al respecto de los derechos de los niños, la CC, mediante Sentencia T-292 de 2004, determinó que, en aplicación del principio del interés superior del niño, debe respetarse y garantizarse el derecho a tener una familia de crianza, por los sólidos vínculos afectivos y psicológicos que se desarrollan entre los miembros; por lo tanto, ante una ruptura, se afectaría su interés superior. De allí que la CC (2004) estableciera lo siguiente:

Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica. (p. 7)

Como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la protección a la familia se extiende tanto a las familias consanguíneas como a las que surgen del parentesco civil y a las de facto o de crianza, atendiendo el concepto sustancial de familia, que supone la convivencia continua, el respeto, la protección y el afecto, que van consolidando los núcleos familiares de hecho (CC, 2004).

Aunado a lo anterior, alrededor de la aproximación conceptual sobre la familia de crianza se han creado jurisprudencialmente otras categorías, como hijo de crianza, que, mediante Sentencia T-705 de 2016, se reconoció en igualdad de derechos frente a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos. Estableció esta providencia algunos requisitos para calificar un hijo de crianza, para que tenga derechos y obligaciones:

- Demostrar la estrecha relación familiar con los presuntos padres de crianza, la cual supone la existencia real, efectiva y permanente de una convivencia que implique vínculos de afecto, solidaridad, ayuda y comunicación.
- Evidenciar una deteriorada o ausente relación de lazos familiares con los padres biológicos, lo cual supone una desvinculación con el padre o madre biológicos[,] según el caso, que evidencie una fractura de los vínculos afectivos y económicos. (CC, 2016, p. 34)

Al respecto de los derechos hereditarios y la posibilidad de suceder de los hijos de crianza, la CC, mediante la Sentencia C-085 de 2019, analizó la constitucionalidad del artículo 1045 del Código Civil, el cual fue modificado por la Ley 1934 de 2018 y el cual enuncia: “Los descendientes de grado más próximo excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal”. Quien interpuso la acción de inconstitucionalidad, consideró que la expresión “hijos” contenida en la norma acusada era inconstitucional, porque excluiría a los hijos de crianza del primer orden sucesoral, violando los artículos 1, 13, 42 y 95 de la Constitución Política. Al respecto, señaló que “el concepto de familia se ha hecho extensivo para los hijos de crianza y dejarlos por fuera del primer orden sucesoral genera un trato discriminatorio y una situación de desprotección al negarles unas condiciones mínimas de subsistencia” (CC, 2019, p. 14.). En este caso, indica la CC (2019) que en sus diversas providencias ha venido reconociendo derechos a los hijos de crianza, incluso señaló que existen precedentes judiciales en los que se ha reconocido igualdad en las relaciones entre padres e hijos, dejando a un lado el tipo de vínculo, sea este biológico, legal o afectivo; ha otorgado así la CC distintas prestaciones, como indemnizaciones por diferentes perjuicios, o por causa de muerte, subsidios de cajas de compensación e incluso beneficios de convenciones colectivas.

De acuerdo con todo lo anterior, es clara la necesidad de regulación jurídica de los derechos hereditarios para los hijos y padres de crianza, además de que el legislador reglamente la filiación y el parentesco para la familia de crianza: existe aún un vacío y una desprotección; por ejemplo, cuando el causante no tiene herederos y solo hijos o padres de crianza, en cuyo caso hereda el Estado, desconociendo a personas que han protegido y acompañado al causante.

En suma, se percibe un avance al respecto del reconocimiento de las diferentes tipologías de familia en Colombia, entre ellas la familia de crianza, y también al respecto del reconocimiento de derechos y obligaciones de todos sus miembros, sean esos patrimoniales o de otra índole. Y aunque hasta ahora el reconocimiento y el análisis parten de la juris-

prudencia, buscando un trato igualitario con las demás familias protegidas por la Ley, las Cortes han sentado precedentes desde el principio de no discriminación y el punto de vista constitucional y convencional.

## Análisis y reconocimiento de los derechos hereditarios y sucesorales de los hijos de crianza desde el derecho comparado

### *De las familias reconstituidas en España*

En España existe una tipología de familia denominada familia reconstituida, la cual es formada por uno de los cónyuges o convivientes y sus hijos, nacidos de relaciones anteriores; es definida como “una estructura familiar en la que al menos uno de los miembros de la pareja aporta algún hijo fruto de una relación previa” (Espinár et al., 2003, p. 303). Al asemejar este tipo de familia a la de crianza existente en Colombia, puede afirmarse que serían hijos de crianza de la pareja de dicho cónyuge o compañero permanente, refiriéndose, en otras palabras, a los hijastros o hijastras.

Este tipo de familia viene creciendo en España, pero aún no se le reconoce sus derechos hereditarios, pues el derecho de sucesiones solo tiene en consideración a la familia nuclear, tradicional o matrimonial, y a quienes tienen vínculos consanguíneos o adoptivos (Vaquer & Ibarz, 2017). La doctrina española ha afirmado:

Las familias reconstituidas han pasado durante mucho tiempo a un “segundo plano” en una sociedad que ha valorado por encima de todo a la familia tradicional. A finales de los años 80 investigadores empiezan a exigir un modelo más normativo sobre las familias reconstituidas y cuestionan la imagen social de la familia tradicional como única alternativa de organización familiar. (Espinár et al., 2003, p. 307)

Lo anterior hace afirmar que es el modelo tradicional y nuclear de familia el que prevalece en España, al igual que el reconocido legalmente en Colombia. A consecuencia de esto, quedan relegados los demás tipos de familia, como la reconstituida y la de crianza, las cuales suponen una nueva estructura de parejas a partir de familias que se desintegran y cambian en el tiempo, así como aquellas que desean constituirse a partir de lazos de afecto, crianza, amor y solidaridad.

Ahora bien, centrándonos en el ámbito sucesoral y hereditario en España, cabe anotar:

El derecho de sucesiones sigue tomando en consideración solo a la familia nuclear. El Código Civil de España únicamente tiene en cuenta la familia nuclear matrimonial. Han sido los derechos civiles los que han abierto la sucesión a la familia nuclear formada por convivientes de hecho, con iguales derechos que los cónyuges. Sin embargo, ninguno de los derechos civiles vigentes en España contempla la sucesión dentro de las familias reconstituidas. (Vaquer & Ibarz, 2017, p. 212)

Para los doctrinantes españoles Antoni Vaquer y Noelia Ibarz, las familias reconstituidas requieren consagración legal y consideran la convivencia como requisito para el reconocimiento de derechos hereditarios, sin perjuicio de que existan períodos de separación dilatados por razón de estudios, trabajo o salud. Señalan que la convivencia entre el causante y su hijastro, hijastra o hijo de crianza podría ser cualificada, de modo que haya durado un tiempo significativo y existan lazos afectivos similares a los de padres e hijos por naturaleza, situando al hijastro o hijo de crianza de manera preferente a los colaterales.

Por lo anterior, los autores consideran pertinente realizar una reforma legal: “Es razonable que antes de que la herencia se difiera al Estado, sea llamado como heredero el hijo o hija del cónyuge o conviviente, y a la inversa” (Vaquer & Ibarz, 2017, p. 227). Dicho cambio implicaría que solo hereda el Estado cuando no exista familia biológica, adoptiva o reconstituida, para evitar que los bienes queden vacantes, pues sería preferible que suceda quien es más afectuoso con el causante a consecuencia de la convivencia. De allí que se afirme:

Es importante que los padres cumplan con los roles parentales necesarios sin diferencia del tipo de familia en la que crece el niño, la parentalidad dentro de las familias reconstituidas es más importante, pues los niños crecen en un entorno distinto. La nueva pareja tiene un rol clave en el crecimiento del niño, pues el desarrollo dentro de este tipo de familia conviene de muchas adaptaciones del niño a su nueva forma de vida. (Calvas, 2015, p. 17)

Se concluye que en España, doctrinariamente, así como en Colombia jurisprudencialmente, se reconocen tipologías de familia diferentes a la familia nuclear basada en la consanguinidad y en la filiación natural. De allí el creciente número de familias reconstituidas y de crianza, que requieren el reconocimiento de sus derechos hereditarios y sucesorales a partir de la regulación de una filiación basada en la crianza, convivencia y afectividad.

## *De las diversas tipologías de familias en Latinoamérica*

En la actualidad, se ha dado un cambio en la composición de las familias de América Latina, reconociéndose no solo la tradicional, sino también aquellas que con el tiempo vienen configurándose a través de los lazos de solidaridad y ayuda, “por lo que se habla de «familias» y no de «familia» como resultado del surgimiento de organizaciones monoparentales, unipersonales, extendidas, compuestas, de crianza y reconstituidas” (Puentes, 2014, p. 60).

Se afirma que la influencia de factores socioeconómicos ha favorecido la aparición de nuevas relaciones familiares; por tal razón, la institución de la familia ha dejado rezagada la normatividad, porque esta no alcanza a dar respuesta a los avances y demandas sociales. En este sentido, la legislación en Latinoamérica no ha regulado la familia como unidad o grupo que exige un tratamiento particularizado, de allí la necesidad de tener nuevas regulaciones jurídicas acordes con los cambios de las instituciones sociales.

La familia latinoamericana históricamente ha sufrido cambios estructurales, se ha empezado a transformar su composición nuclear, lo que ha generado nuevas familias, como las ensambladas, las reconstituidas o las de crianza, que no encuentran una regulación jurídica que las proteja en igualdad de derechos, comparadas con las demás familias que se encuentran reconocidas y reguladas desde la Ley.

### ***De las familias ensambladas en Argentina***

En algunos países de Latinoamérica, como Argentina, la doctrina mayoritaria se ha pronunciado reconociendo que debe abarcarse en el concepto de familia no solo a aquellas que se forman por el vínculo del matrimonio, sino también a aquellas formadas a través de los vínculos con la familia de la pareja, lo que se ha denominado parentesco por afinidad y el derivado de la relación que surge en las familias reconstituidas o ensambladas (Parras, 2014, p. 9). Además, en diferentes campos del derecho, como en el hereditario, no existen derechos sucesorios entre miembros de familias ensambladas, es decir, entre padrastros e hijastros, dejando solo la posibilidad del testamento para que los hijastros sean beneficiarios de dicha herencia, pero sin afectar la legítima de los herederos forzosos (p. 44).

La difícil realidad que vive hoy la dinámica familiar requiere de la expedición de normas jurídicas o la ampliación de las existentes, de manera que se regule la nueva familia surgida después de un divorcio, debido a los diversos aspectos que ella reúne, y se que regulen las familias que surgen de lazos de crianza y solidaridad, propiamente de vínculos de hecho, que pueden llegar a ser incluso más fuertes y sólidos que los consanguíneos.

### ***De las familias de crianza en Perú***

En Perú se ha intentado incorporar al ordenamiento jurídico la familia de crianza para reconocerle legalmente sus derechos hereditarios; porque se vienen estructurando tipologías de familias diferentes a la tradicional por las transformaciones sociales, se ha visto la necesidad de igualarlas a la familia adoptiva y a la nuclear. Al respecto de las diversas tipologías de familia, incluyendo la de crianza, la doctrina peruana ha manifestado:

Las formas familiares que han ido apareciendo en Perú como alternativa al modelo único muestran que la familia se adecúa a los intereses individuales, así como se desacomoda respecto de los lineamientos que la sociedad establece como típicos. Se puede decir que, las personas se juntan de diferentes maneras a fin de satisfacer sus necesidades e intereses, lo cual resulta contradictorio a la vida matrimonial típica que se tenía pensada como base de la organización social. (Lorenzotti, 2003, como se cita en Oyola, 2018, p. 12)

Oyola (2018) sostiene que, no obstante la consolidación creciente de esta tipología familiar en Perú, ella no cuenta con jurisprudencia ni reconocimiento jurídico, por lo cual se deja a un grupo social y familiar en desprotección. Además, añade que el desamparo legal se incrementa frente al régimen sucesorio, debido a situaciones donde uno o ambos padres de crianza fallecen sin realizar donaciones o dejar testamento.

Frente a lo anterior, en Perú la doctrina ha optado por analizar la jurisprudencia colombiana. Oyola (2018) define el hijo de crianza de acuerdo con la Sentencia T-292 de 2004 de la Corte Constitucional colombiana:

Aquella persona que en relación con otra llamada “padre o madre de crianza” ocupa el lugar de un hijo en virtud del lazo afectivo que los une, sin que exista un lazo de consanguinidad ni civil originando en un momento determinado derechos y obligaciones. (p. 34)

Ahora bien, en relación con los derechos sucesorios y hereditarios de los miembros de estos grupos familiares, debe tenerse en cuenta que se está ante una familia de hecho, sin vínculos jurídicos ni consanguíneos, pero en una relación sustentada en el afecto y el apoyo emocional y económico para aquel miembro al que consideran hijo y que, por diferentes circunstancias, no se encuentra con su familia biológica. Doctrinantes peruanos como Julio César Cubas (2014) concluyen:

El derecho a la igualdad, reconocido por la Constitución, se sustenta en un reconocimiento de igualdad ante la ley; protege a los que se encuentran en una situación semejante. No debe existir trato diferente entre los hijos propios y los hijos afines, es por ello que los derechos sucesorios entre los padres afines e hijos afines deberían ser iguales, previa regulación jurídica. La legislación peruana determina que el Estado debe proteger a la familia, reconociendo que estas tienen derecho a decidir la forma de conformación. Además, es su deber proteger a sus integrantes regulando normas destinadas a estos propósitos. (pp. 137-138)

En Perú es clara la existencia de la familia de crianza desde la doctrina, razón por la cual se hace necesaria su consagración legal en el ordenamiento jurídico, además de la creación de una línea jurisprudencial que analice el tema y reconozca su existencia y derechos, con el propósito de prevenir discriminación frente a la familia nuclear y la adoptiva. Reconocer a los hijos, sus derechos y obligaciones, haría posible el derecho sucesoral y de herencia.

### ***De las familias ensambladas en Perú***

En Perú se parte de la omisión explícita de la definición de familia, por lo que la misma se debe inferir de las normas que se refieren a ella; de ahí que sea necesario considerar el artículo 233 del Código Civil peruano (1984), el cual establece que “la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. A pesar de dicha omisión, tanto la Constitución como el Código Civil de Perú se refieren a la familia y doctrinariamente vienen refiriéndose a ella como:

Un grupo de personas unidas por vínculos de parentesco, ya sea consanguíneo, por matrimonio, adopción o afinidad que viven juntos en un determinado espacio y lugar y que constituye la unidad fundamental de una sociedad. Sin embargo, dada la constante evolución social, la familia no puede ser estudiada como una institución inmutable y tradicional, se requiere que de manera continua se reconsidere su forma y definiciones bajo las nuevas dinámicas. (González, 2015, pp. 62-63)

De acuerdo con lo anterior, y debido a los cambios sociales y culturales, se han desarrollado otras tipologías de familia diferentes a la tradicional, entre ellas: la familia ensamblada. Al respecto de esta, no hay consenso doctrinal y se le han dado varias denominaciones (familia recompuesta, reconstituida o ensamblada); Huaccla (2018) la define como:

Aquella originada en la nueva unión familiar realizada por viudos, divorciados, madres o padres solteros, quienes van a conformar una nueva pareja conyugal o convivencial, asumiendo roles simultáneos de padres respecto de sus hijos, y de padrastros y madrastras respecto de los hijos propios de su pareja. (p. 40)

Esta organización familiar viene a asemejarse a la mencionada familia reconstituida en España y a la familia de crianza en Colombia, debido a los vínculos de convivencia, solidaridad, apoyo y amor que se desarrollan entre los hijastros y padrastros o madrastras, que, propiamente, vienen a ser de alguna manera hijos de crianza.

En Perú no existe normatividad alguna que regule a las familias ensambladas, razón por la cual se desconocen los derechos de los miembros de dicha familia; además, no hay fundamentos jurídicos que determinen el tipo de relaciones entre aquellos que la conforman. Esa omisión legislativa riñe con el deber constitucional del Estado y de la comunidad de prestarle protección a la familia, atendiendo al hecho de que el artículo 4.º la Constitución peruana reconoce también a la familia como un eje fundamental de la sociedad.

Ante la ausencia de normatividad en Perú, y atendiendo las tesis de los doctrinantes mencionados al respecto de las familias ensambladas y las de crianza, se puede afirmar que la actual regulación legal que configura el derecho de familia en el Código Civil peruano no logra reunir y regular las diversas estructuras familiares, no obstante su realidad social.

De acuerdo con la doctrina analizada, no habiendo consagración legal sobre la familia ensamblada y tampoco sobre sus miembros, no puede existir discriminación, toda vez que los hijastros o hijastras hacen parte de una organización familiar que finalmente es considerada como núcleo básico de la sociedad y, en esa medida, deben respetarse sus derechos y obligaciones, como se hace con los hijos, en cumplimiento de la consagración constitucional que establece el derecho a la igualdad. De allí que se requiera una reglamentación jurídica de esta tipología familiar, en aras de que sean respetados los derechos de los hijastros e hijastras, que pueden denominarse hijos de crianza de la pareja del progenitor, y puedan igualarse a los hijos biológicos.

Por otra parte, en el marco del derecho sucesoral es conveniente reconocer derechos hereditarios a los miembros de las familias ensambladas. En ese sentido, la doctrina afirma que “las sucesiones por causa de muerte necesitan adaptarse a los nuevos tiempos, pues si bien pudiera existir consenso en que se protejan a los padres, madres e hijos afines” (González, 2015, p. 7), no es tan claro desde la Ley, porque el derecho familiar continúa anclado en la familia nuclear o matrimonial.

De hecho, cabe mencionar que la normatividad peruana consagra quiénes son herederos forzosos y no menciona a los hijos de familias ensambladas. De ahí que el Código Civil de Perú precise: “Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho” (art. 724).

Atendiendo estas ideas, y al hecho de que el derecho de familia y de sucesiones en Perú continúa ligado al ámbito de una familia tradicional derivada principalmente del matrimonio, donde prima el parentesco consanguíneo, se recomienda a las parejas que conforman familias ensambladas que realicen testamento a favor de sus hijos afines (hijastros), toda vez que “el reconocimiento de las familias ensambladas en la sucesión intestada requiere dejar a un lado el principio de la consanguinidad y adoptar un criterio que reconozca los vínculos generados en el marco de la vida familiar moderna” (González, 2015, p. 6).

## Propuesta de reforma normativa para el reconocimiento de los derechos hereditarios a los hijos de crianza en Colombia

El propósito de este capítulo es realizar una propuesta de reforma normativa para introducir unos cambios en varios artículos del Código Civil colombiano, de manera que se consagre legalmente la familia de crianza y se reconozcan derechos a los miembros de esta organización familiar en el orden patrimonial y hereditario. Esta propuesta se basa en la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional, que analizó los derechos de los hijos de crianza partiendo del artículo 42 de la Constitución para establecer que en materia de filiación rige el principio de igualdad. Atendiendo dicho principio constitucional, se prohíbe la discriminación de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, entendiendo allí cobijados a los hijos procreados por vínculos naturales, biológicos, jurídicos o cualquier otro lazo; razón por la cual no hay explicación para que exista una exclusión de los hijos de crianza al momento de reconocer sus derechos patrimoniales.

Como se anunció antes, para el reconocimiento normativo de la familia de crianza como un moderno tipo de familia dentro del ordenamiento jurídico, es necesario regular la filiación y el parentesco, pero en el marco de la crianza, toda vez que, al no existir consagración legal de esta, no habría posibilidad de que hereden en Colombia. Además, la crianza no ha sido catalogada legalmente como fuente de filiación; se hace necesario establecerla así, pues los hijos y padres de crianza no poseen mecanismos legales que acrediten su condición, razón por la cual la única herramienta que la Ley prevé actualmente para acreditar dichas relaciones entre padres e hijos no consanguíneos es el trámite de adopción (CCT, 2019). Al respecto, la Corte Constitucional (2019) en jurisprudencia señaló:

La vocación sucesoral tiene su fundamento en el parentesco y en el matrimonio o la unión marital de hecho. La razón por la cual un hijo hereda de sus padres es por la filiación, concepto cuya fuente es de carácter legal y por lo tanto es al legislador a quien, en su libertad de configuración legislativa, le corresponde determinar si se le atribuye o no vocación hereditaria al hijo de crianza. (p. 19)

En cuanto a la filiación, la jurisprudencia alude a:

El derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica conlleva atributos inherentes a su condición humana[,] como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. A través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores[,] como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. (CC, 2015, p. 25)

Por su parte, el parentesco se refiere a una conexión y es definido por el Código Civil colombiano como la relación recíproca o vínculo consanguíneo, civil o por afinidad entre personas. De ahí que el artículo 47 de dicho Código defina el parentesco por afinidad como:

El vínculo que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos legítimos de su marido o mujer. La línea o grado de afinidad legítima de una persona con un consanguíneo de su marido o mujer, se califica por la línea o grado de consanguinidad legítima de dicho marido o mujer con el dicho consanguíneo. Así un varón está en primer grado de afinidad legítima, en la línea recta con los hijos habidos por su mujer en anterior matrimonio; y en segundo grado de afinidad legítima, en la línea transversal, con los hermanos legítimos de su mujer.

De otro lado, fruto del parentesco por consanguinidad, nacen las familias biológicas, naturales o tradicionales, por lo que el artículo 35 del mismo Código Civil define esta clase de parentesco como “la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por los vínculos de la sangre”. Finalmente, el artículo 50 del Código Civil consagra:

Parentesco civil es el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. Este parentesco no pasa de las respectivas personas.

A partir de estas definiciones y el tratamiento que la ley establece a estas instituciones, resulta extraño no incluir la crianza como una clase de parentesco y un vínculo o fuente de filiación —tal y como se ha analizado y afirmado en el presente capítulo— los vínculos de hecho o crianza, que surgen a consecuencia de una convivencia, solidaridad, amor y apoyo, y que logran en muchos casos ser tan fuertes como los consanguíneos. En efecto, se justifica la regulación legal de la filiación y el parentesco por crianza, pues no habría razón para omitir los lazos de crianza en el parentesco o no concebirlas como fuente de filiación. Posteriormente podrían consagrarse los derechos hereditarios, para que ingresen en los órdenes sucesorales ya regulados en la Ley, y se evite que en los casos en los que los causantes no tengan herederos, sino hijos o padres de crianza, sea el Estado quien se beneficie de los derechos patrimoniales.

En razón de lo anterior, la propuesta de reforma normativa consiste en la creación de una ley que modifique el Código Civil, introduciendo un artículo que consagre el parentesco por crianza así:

**PARENTESCO POR CRIANZA:** *Es la relación o conexión de hecho o facto que existe entre las personas que desarrollan una convivencia y crean lazos de afecto, solidaridad, amor, ayuda y socorro mutuo.*

Por otra parte, dicha reforma también implicaría la modificación de algunos artículos del Código Civil colombiano:

- El artículo 1040 se modificaría así:

*PERSONAS EN LA SUCESIÓN INTESTADA. Son llamados a sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; **los hijos de crianza**; los ascendientes; los padres adoptantes; **los padres de crianza**; los hermanos; los hijos de estos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.*

- A su vez, el artículo 1045 se reformaría así:

*PRIMER ORDEN SUCESORAL – LOS DESCENDIENTES. Los descendientes de grado más próximo, **incluyendo los de crianza**, excluyen a todos los otros herederos y recibirán entre ellos iguales cuotas, sin perjuicio de la porción conyugal.*

- El artículo 1046 se modificaría así:

*SEGUNDO ORDEN HEREDITARIO–LOS ASCENDIENTES DE GRADO MÁS PRÓXIMO. Si el difunto no deja posteridad, le sucederán sus ascendientes de grado más próximo, sus padres adoptantes, **sus padres de crianza** y su cónyuge. La herencia se repartirá entre ellos por cabezas.*

- Por su parte, el artículo 1047 se reformaría así:

*TERCER ORDEN HEREDITARIO–HERMANOS Y CÓNYUGE. Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, **ni hijos de crianza, ni padres de crianza**, le sucederán sus hermanos consanguíneos o de crianza y su cónyuge. La herencia se divide la mitad para este y la otra mitad para aquellos por partes iguales.*

- Además, el artículo 1050 se modificaría así:

*SUCESIÓN DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES E HIJOS DE CRIANZA. La sucesión del hijo extramatrimonial y **del hijo de crianza** se rige por las mismas reglas que las del causante legítimo.*

- Finalmente, el artículo 1051 se reformaría así:

*CUARTO Y QUINTO ORDEN HEREDITARIO–HIJOS DE HERMANOS–ICBF. A falta de descendientes, ascendientes, hijos adoptivos, padres adoptantes, **hijos de crianza, padres de crianza**, hermanos consanguíneos o de crianza y cónyuges, suceden al difunto los hijos de sus hermanos.*

En la actualidad, la Corte Constitucional se encuentra en la revisión de una acción de inconstitucionalidad del artículo 1045 del Código Civil, en relación con los derechos hereditarios de los hijos de crianza, pues la norma consagra que solo los hijos legítimos, los adoptivos y los que nacen en un vínculo extramatrimonial heredan en Colombia. Por esta razón es importante el análisis de una reforma normativa que no solo modifique los órdenes sucesorales en Colombia para cuestiones herenciales, sino que también incluya en el ordenamiento jurídico una consagración de la familia de crianza, con las implicaciones legales que esto conlleva.

## Conclusiones

Una vez realizado el análisis de la normatividad y la jurisprudencia en Colombia al respecto de los derechos hereditarios de los hijos de crianza, se concluye que en el ordenamiento jurídico no existe normatividad de la materia, aquella no se encuentra consagrada legalmente como una nueva tipología de familia. Ante la falta de regulación normativa, esta organización familiar ha sido analizada y reconocida jurisprudencialmente y, en esa medida, se le han otorgado algunos derechos a sus integrantes, pero aún no en el derecho sucesoral y hereditario.

Estudiado el tema de las nuevas tipologías de familias en el derecho comparado, propiamente en países como España, Perú y Argentina, se concluye que estas tienen diferentes denominaciones, entre ellas: familias de crianza, ensambladas, reconstituidas, las cuales han dejado rezagado el concepto tradicional de familia nuclear como única y exclusiva. Los mencionados países aún no tienen regulación legal; no obstante, han avanzado en su tratamiento y reconocimiento, pero solo en el ámbito jurisprudencial y doctrinario, razón por la cual en el aspecto sucesoral y hereditario existe un vacío para los integrantes de estas nuevas familias —aunque se considera que, en aplicación del principio de igualdad, no se les pueden negar derechos propios de aquellas familias que sí tienen reconocimiento legal—.

En Colombia no se cuenta con normatividad al respecto de tipologías de familias diferentes a la tradicional o consanguínea, como la familia de crianza; tan solo hay reconocimiento de la misma y de sus derechos por vía jurisprudencial. Sin embargo, el tema no puede limitarse a los análisis y estudios de las Cortes y la doctrina; por el contrario, con esta investigación se ha justificado una reforma normativa que permita consagrar esta nueva familia en el ordenamiento jurídico para que se reconozcan sus derechos, incluidos los hereditarios. Para ello, se requiere regular jurídicamente la crianza, considerándola una clase de parentesco y una fuente de filiación, y, de esta manera, considerar la posibilidad de heredar por parte de los integrantes de estas familias, logrando así un avance en la evolución de la familia y su reconocimiento normativo.

## Referencias

- Álvarez, V. (2018). *Los hijos de crianza en el derecho sucesoral colombiano*. [Trabajo de grado de maestría, Universidad del Norte]. Repositorio. [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/lux\\_praxis/article/view/4658](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/lux_praxis/article/view/4658).
- Álvarez, L. A. (2013). *Derecho de los hijastros, los hijos de crianza, los padrastros y los padres de crianza en el actual sistema general de pensiones colombiano*. [Trabajo de grado de maestría, Universidad Nacional de Colombia]. Repositorio: <http://bdigital.unal.edu.co/39921/1/12435431.2013.pdf>.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991) Constitución Política de Colombia. <http://es.presidencia.gov.co/normativa/constitucion-politica>.
- Calvas, M. E. (2015). *Parentalidad en familias reconstituidas*. [Trabajo de grado de maestría, Universidad Técnica de Machala]. Repositorio: <http://repositorio.utmachala.edu.ec/handle/48000/4124>.
- Congreso Constituyente Democrático. (1993) Constitución Política del Perú. <https://www.refworld.org/es/type,LEGISLATION,,PER,5b9a9e574,0.html>.
- Congreso de la República de Colombia. (1887) Código Civil Colombiano. [http://www.secreetariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secreetariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html).
- Congreso de la República de Colombia. (2012) Código General del Proceso. [https://leyes.co/codigo\\_general\\_del\\_proceso.htm](https://leyes.co/codigo_general_del_proceso.htm).
- Congreso de la República de Perú. (1984). Código Civil. [https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_per\\_cod\\_civil.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1997, octubre 3) Sentencia T-495 de 1997 [M. P. Carlos Gaviria Díaz]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-495-97.htm>.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2004, marzo 25). Sentencia T-292 de 2004 [M. P. Manuel José Cepeda Espinosa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-292-04.htm>.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2009, diciembre 1). Sentencia T-887 de 2009 [M. P. Mauricio González Cuervo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-887-09.htm>

- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2011, julio 26). Sentencia C-577 [M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-577-11.htm>.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2013, septiembre). Sentencia T-606 de 2013 [M. P. Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-606-13.htm>.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2015, mayo 6). Sentencia C-258 [M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-258-15.htm>.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016, febrero 22). Sentencia T-074 [M. P. Alberto Rojas Ríos]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-074-16.htm>.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2016, diciembre 14). Sentencia T-705 [M. P. Alejandro Linares Cantillo]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-705-16.htm>.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2019, febrero 27). Sentencia C-085 [M. P. Cristina Pardo Schlesinger]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-085-19.htm>.
- Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia. (2018, mayo 9). Sentencia 6009 [M. P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo]. [http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol\\_44f5dfbbaf0c48cd83169cbceeb56b66](http://legal.legis.com.co/document/index?obra=jurcol&document=jurcol_44f5dfbbaf0c48cd83169cbceeb56b66).
- Cubas, J. C. (2014). *La necesidad de regulación jurídica de los derechos sucesorios de las familias reconstituidas en el Perú* [Trabajo de grado de pregrado, Universidad Nacional de Trujillo]. Repositorio: <http://dspace.unitru.edu.pe/handle/UNITRU/8229>.
- Espinar, I., Carrasco, M. J., Martínez, M. P. & García-Mina, A. (2003). Familias Reconstituidas: Un estudio sobre las nuevas estructuras familiares. *Clínica y salud*, 14(3), 301-332.
- García, S. I. (2015). *Padres e hijos de crianza en Colombia, familias reales sin derechos formales en materia de sucesiones* [Trabajo de grado de pregrado, Universidad de los Andes]. Repositorio: <https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/17491>.
- García, I. C. (2019). *Reconocimiento y adjudicación de derechos herenciales a hijos de crianza* [Trabajo de grado de pregrado, Universidad Católica de Colombia]. Repositorio: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/24285>.

- González, G. A. (2015). *La necesidad de regular el deber de asistencia familiar mutua y los derechos sucesorios de la familia ensamblada en el código civil*. [Trabajo de grado de pregrado, Universidad Señor de Sipán del Perú]. Repositorio: <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/487>.
- Huaclla, A. J. (2018). *Causas principales de la vulneración de derechos a la igualdad y no discriminación en los miembros de las familias ensambladas en Tacna, en los años 2013 – 2014* [Trabajo de grado de maestría, Universidad Privada de Tacna]. Repositorio: <http://repositorio.upt.edu.pe/handle/UPT/402>.
- Montoya, M. E (2013). *Derecho de Familia. Tomo 1. Relaciones Familiares*. Jurídica Dikaia.
- Nogueira Alcalá, H. (2004). Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2(1), 71-104.
- Oyola, M. B. (2018). *Incorporación del modelo de familia de crianza y sus efectos en el derecho sucesorio peruano* [Trabajo de grado de pregrado, Universidad César Vallejo Trujillo]. Repositorio: [http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/28710/oyola\\_chm.pdf?sequence=1](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/28710/oyola_chm.pdf?sequence=1).
- Parra, J. (2019). *Derecho de Familia. Tomo 1. Parte Sustancial* (3.ª ed.). Temis.
- Parras, M. G. (2014). *El derecho sucesorio y los parientes afines* [Trabajo de grado de pregrado, Universidad Empresarial Siglo 21]. Repositorio: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/13247/Parras,%20Maria%20Gimena.pdf?sequence=1>.
- Pórtela, J. (2015). *Reconocimiento de Derechos Patrimoniales a los hijos de crianza* [Trabajo de grado de especialización, Universidad La Gran Colombia]. Repositorio: [https://repositorio.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4540/Derechos\\_patrimoniales\\_hijos\\_crianza.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/4540/Derechos_patrimoniales_hijos_crianza.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- Puentes, A. (2014). Las familias ensambladas: Un acercamiento desde el derecho de familia. *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, 6, 58-82. [http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef6\\_4.pdf](http://vip.ucaldas.edu.co/revlatinofamilia/downloads/Rlef6_4.pdf).
- Vaquer, A. & Ibarz, N. (2017). Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal. *Revista de Derecho Civil*, 6, 211-235. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/273>.

# LA SUBJETIVIDAD DE LA NIÑEZ MIGRANTE: UNA MIRADA CRÍTICA Y CULTURAL<sup>1</sup>

---

Natalia Andrea Alzate Alzate\*

## Resumen

En este texto se propone una reflexión crítica sobre las infancias migrantes en Latinoamérica. La discusión se hace mediante un ejercicio de análisis sociológico, cultural y biopolítico para: primero, ampliar las conceptualizaciones sobre la niñez que por diversas razones se ve obligada a desplazarse; segundo, pensar la subjetividad infantil desde lugares no hegemónicos; y tercero; proponer una lectura de este tema aplicado al fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia y a las niñas y los niños del territorio nacional que son afectados por dicha situación.

## Palabras clave

Infancias migrantes; Subjetividad infantil; Infancias desplazadas; Desplazamiento forzado; Vidas menores; Biopolítica; Desarraigo; Latinoamérica; Colombia.

---

<sup>1</sup> Este texto reúne las reflexiones derivadas de dos proyectos de investigación: “Infancias migrantes en la narrativa latinoamericana” finalizada en el 2019 en el marco de formación del doctorado en Literatura de la Universidad Católica de Chile, y “Discusión biopolítica sobre las nuevas subjetividades en la era de las migraciones” investigación en curso adscrita a la Universidad Católica Luis Amigó, a la línea de investigación “Sujetos, desarrollo y contextos de exclusión” del grupo de investigación “Jurídicas y Sociales”.

\* Licenciada en Educación Preescolar. Magíster en Estética de la Universidad Nacional de Colombia, doctora en Literatura de la Universidad Católica de Chile. Coordinadora de la línea Didáctica de las lenguas en el Doctorado en Educación de la Universidad Católica Luis Amigó, Colombia. Correo electrónico: natalia.alzateal@amigo.edu.co  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8047-9709>

## Introducción

El estudio de tópicos asociados a las migraciones ha sido abordado por diversas ramas del saber. Desde la perspectiva sociológica y política, Castles (2004) afirma que los movimientos actuales de personas que cruzan los variados tipos de fronteras territoriales (nacionales, internacionales) tienen un alcance global y unas consecuencias económicas y sociales que llaman la atención en el presente debido al incremento de sujetos que se mueven por el mundo tratando de mejorar su calidad de vida. Este hecho pone en jaque una idea de gobierno que se refiere al orden y el control de la población, y evidencia formas alternas de control político que, en la lógica de la biopolítica, pretenden ejercer un poder específico sobre las vidas de los sujetos que migran. El tema se propone en el presente texto a través de una discusión biopolítica, sociológica y cultural sobre las infancias migrantes. Aquí la infancia funciona como un símbolo que permite pensar lo imperceptible de las subjetividades desplazadas para entender mejor el efecto de los traslados en quienes los experimentan, y se ven despojados de una insignia originaria o territorial.

En coherencia con la idea anterior, se aborda la noción de infancias migrantes desde la perspectiva cultural y estética para hablar de niños –como cuerpos menores, en una zona liminar que los apresa entre los ya conocidos tópicos colonizadores: civilización/barbarie, *bios/zoé*, vidas a conservar/vidas a explotar– que se resisten a desaparecer en los desplazamientos. La existencia de estos cuerpos, considerados menores, desestabiliza la idea de gobierno que ejerce poder en la medida en que controla los cuerpos, sus desplazamientos y sus posibilidades de vida.

Estos niños migrantes son la representación de lo incontrolable, lo incalculable, lo que excede los límites del poder del Estado. A ellos me voy a referir en este texto mediante un ejercicio de análisis teórico que inicialmente cuestiona las políticas de Estado aplicadas a los cuerpos considerados menores, para, en segundo lugar, proponer un acercamiento a la categoría conceptual “infancias migrantes”, tópico al que se recurre para agrupar aquellas subjetividades desarraigadas que, al verse obligadas a migrar, quedan fuera de toda forma de protección o reconocimiento de ciudadanía. Finalmente, propongo un ejercicio de contextualización para el caso colombiano, en el que se mencionan algunos apuntes sobre el fenómeno del desplazamiento y las consecuencias que ha tenido en la vida de la niñez en el país.

# Metodología

Desde un punto de vista analítico, este trabajo se inscribe en el paradigma cualitativo, se basa en el modelo hipotético-deductivo y toma, en concreto, conceptos propios de los llamados “*Childhood Studies*”, la historia cultural, los estudios culturales, la teoría *queer*, la estética, la crítica literaria y la biopolítica. Para la escritura del texto se hizo una revisión de fuentes documentales, las cuales fueron registradas en fichas analíticas y dieron cuenta de las siguientes categorías: subjetividad infantil, infancias migrantes y desplazamiento. Todo esto con la intención de proponer una mirada del fenómeno migrante aplicada al cuerpo infantil.

## Desarrollo

### *Vidas menores*

Partir es un poco morir, llegar nunca es llegar definitivo.  
Fragmento de la oración del migrante

Ser desterrado implica ser despojado de la tierra en la que está el hogar. Comúnmente, también se asume como un tipo de pena que el Estado puede imponerle a una persona por incumplir las leyes sobre las que se rige el orden social. En este sentido, el destierro es un castigo y las infancias migrantes son las víctimas perennes de este acto punitivo que termina por convertirse en una marca indeleble de los expatriados, y que en este caso expone a los niños como si llevaran una estrella de David<sup>2</sup> inscrita en todo el cuerpo. Tan solo hace dos años, a mediados de 2018, se hizo mediática una noticia en la que circulaban videos de niños enjaulados y que escandalizaban porque tenían que ver directamente con el cumplimiento de una política migratoria que había instalado Barack Obama en Estados Unidos durante su gobierno, la cual intensificó Donald Trump en su mandato presidencial.

Los antecedentes de la noticia mencionada pueden abarcar incluso la década anterior a la elección de Trump en Estados Unidos, y hablan del diseño de un tipo de estrategia denominada “deportación con consecuencia”: la acción establecida se llevaba a cabo por la patrulla fronteriza para desalentar tanto en el primer intento de cruzar la frontera, como en el deseo de reingresar después de haber sido deportado. “Una de las acciones que se realizan

---

<sup>2</sup> La estrella judía, que se hizo obligatoria desde 1942, marcaba a todos los judíos y era imprescindible para todos los mayores de seis años. Dicha marca signaba en el contexto del Holocausto Nazi quiénes eran dignos de pertenecer al régimen y quiénes debían ser perseguidos.

bajo este sistema es deportar a los migrantes a lugares muy lejanos del punto donde fueron apprehendidos” (Armendares & Moreno, 2019, p. 14). La administración de Obama ejecutó un proceso de deportación que venía gestándose desde los gobiernos anteriores de Clinton y Bush y que operaba “a través de las cortes de migración, y los programas Comunidades Seguras” (2019, p. 12). La prioridad de esta estrategia era deportar a extranjeros que hubieran cometido delitos graves, sin embargo, la mayoría fueron sentenciados y deportados por delitos menores: “el cargo más serio contra la mitad del total de deportados ese año (2013) estuvo relacionada con una infracción de tránsito” (2019, p. 13).

Dada la continuidad del sistema punitivo diseñado para los migrantes, más de dos mil niños en el 2018, según reportes de diferentes periódicos que registraron el suceso, fueron separados de sus padres, en honor a una política que pregonaba “cero tolerancia” con la inmigración ilegal. En cuanto los padres eran detenidos, las autoridades separaban a las familias y llevaban a los niños a lugares de acogida, más parecidos a centros penitenciarios, a jaulas fabricadas con vallas metálicas. La noticia tuvo una amplia difusión, y logró, por lo menos durante un tiempo, poner en la agenda de los países latinoamericanos una discusión olvidada: la de los derechos de los niños migrantes.

El trasfondo de esto sigue siendo una dicotomía colonial que ubica a la niñez proveniente de Centro y Sur América como infancias bárbaras. Valeria Luiselli (2016) se refiere a este tema en su libro *Los niños perdidos. Un ensayo de cuarenta preguntas*. En este texto recopila su trabajo como traductora de niños a punto de ser deportados, una labor que consistió en aplicar y traducir un cuestionario cuya finalidad era determinar judicialmente si tenían argumentos contundentes para quedarse en Estados Unidos. Los datos compilados por la escritora, más allá de números y estadísticas, rescataban la historia personal e íntima de estos niños. Su reto consistía precisamente en sacarlos del anonimato, razón por la cual las preguntas, más que un trámite oficial, eran el pretexto para que ellos pudieran contar sus historias. En el ensayo consta que los relatos oficiales en Estados Unidos “casi siempre ubican la línea divisoria entre la ‘civilización’ y la ‘barbarie’ abajo del río Bravo” (2016, p. 75), las preguntas aplicadas a los niños sobre sus lugares de origen, da cuenta de esta división colonial.

Algunas de las preguntas que se incluyen en este cuestionario y que Luiselli menciona en el libro son: ¿Por qué viniste a Estados Unidos? ¿Cuándo entraste? ¿Buscando qué? ¿Buscando a quién? ¿Qué países cruzaste? ¿Cómo llegaste hasta aquí? ¿Te ocurrió algo durante tu viaje a los Estados Unidos que te asustara o lastimara? ¿Alguien te ha lastimado, amenazado o asustado desde que llegaste? ¿Cómo te sientes en el lugar en el que estás viviendo ahora? ¿Estás feliz aquí? ¿Te sientes seguro? ¿Han sido tus padres o hermanos víctimas de algún crimen desde que llegaron a los Estados Unidos? ¿El crimen fue reportado a la policía? ¿Todavía tienes familiares en tu país de origen? ¿Tienes contacto con alguien en tu país de origen? ¿Con quién y qué tan a menudo? ¿Quiénes eran las personas con las que vivías en tu país de origen? ¿Alguna vez viviste con alguien más? ¿Cómo te llevabas con las personas con

las que vivías? Estas y otras preguntas tenían la intención de ahondar en la vida del niño que estaba a punto de ser deportado. Las respuestas, según lo expresa Luiselli, debían demostrar que su vida corría peligro en su país de origen, de lo contrario, la deportación era inminente.

De acuerdo con el texto en mención, “más de tres cuartas partes de los niños son de pueblos, en su mayoría pobres y violentos de tres países: El Salvador, Guatemala y Honduras” (Luiselli, 2016, p. 75). Como explica la autora, se trata de niños que migran porque están huyendo de la violencia de pandillas en el Triángulo Norte Centroamericano, pero que, por lo general, son atrapados mientras cruzan ilegalmente las fronteras. El Triángulo Norte Centroamericano (TNCA) es el nombre que agrupa a Honduras, Guatemala y El Salvador. Esta parte del continente ha sido afectada históricamente por la violencia de pandillas denominadas “maras” y por traficantes de drogas que tienen el dominio de diferentes sectores y que operan como un poder paralelo al Estado. A los niños que provienen de estas zonas y estos conflictos se les aplican leyes que permiten deportarlos: “en suma: niños bárbaros que merecen trato inhumano” (2016, p. 76). Los países que se consideran a sí mismos civilizados olvidan que la niñez no es la responsable del desastre social, por lo contrario, terminan cargando con sus consecuencias: los niños que cruzan México y llegan a la frontera de Estados Unidos no son “migrantes”, no son “ilegales”, y no son meramente “menores indocumentados”: son refugiados de una guerra y, en tanto tales, tienen derecho al asilo político (2016, p. 77).

Por todo lo anterior, en este texto se propone una aproximación reflexiva que articula ideas provenientes de la estética, los estudios culturales, pero también de la biopolítica. Todo con la intención de construir, en el espacio textual, una categoría de análisis que amplíe las perspectivas teóricas con las que se ha venido reflexionando la existencia de las infancias que migran.

### *Las infancias migrantes: subjetividades móviles*

La diversidad de modalidades que se presentan en la migración, la pluralidad de comunidades que se desplazan, el número de personas que se mueven por zonas fronterizas (sea solos o en grupos), y la crisis humanitaria que este proceso desata, modifican la noción de sujeto, historia y cultura nacional. Cada niño migrante lleva consigo una historia de desplazamiento personal, pero, a su vez, carga con una historia cultural de antepasados, familia y comunidad que es moldeada “en el lenguaje, la cultura y las tradiciones” (Arizpe, 2012, p. 49). Toda persona que ha migrado lleva esa impronta consigo, un patrimonio que a veces “es lo único que no se pierde en el camino” (2012, p. 49). Por eso sus historias, las que nos llegan a través de noticias, informes etc., hacen las veces de una radiografía social en la que el niño deviene en cuerpo abierto, aparentemente incompleto, un cuerpo que, por

su condición de movilidad, fragilidad y desarraigo, se erige como alteridad; una insignia de lo otro y del otro que, así como lo propone Levinas (2002), sugiere que la identidad no es estática ni está definida, sino que emerge en un movimiento de oscilación constante con el mundo que habitamos<sup>3</sup>.

Vistos así, los niños son los dueños de una subjetividad móvil construida desde la migración. Lejos de ser los animalizados y bárbaros cuerpos del desplazamiento, son los sujetos que responden al conflicto y tratan de abrirse paso con las herramientas que el mismo movimiento migratorio les brinda. Transitan simbólicamente por una época de la vida y, literalmente, por zonas geográficas fronterizas. Por esto sus existencias desestabilizan las lógicas de control y poder, se resisten a desaparecer, y lentamente van configurando una condición móvil e inestable que termina por convertirlos en la insignia de la otredad.

### *Cuerpos vivientes*

Las infancias se mueven al nivel de “cuerpos vivientes” (Bustelo, 2007, p. 24), se abren paso en medio de una sociedad desequilibrada y se rebelan ante las políticas de inmunización social que las rechaza. Y por esa razón, pensarlas desde el campo teórico, implica necesariamente comprender la subjetividad que portan.

Para este propósito se alude a la noción de “cuerpo viviente”. En biopolítica, este término hace referencia a una forma de nombrar a las personas que, por moverse en la línea de la supervivencia, sufren una degradación social en su estatus de “persona”. En este caso, los cuerpos infantiles que han sido afectados por la pobreza extrema, la violencia producto de las guerras, la persecución o el desplazamiento masivo; quedan por fuera del marco de protección estatal, tanto en lo teórico (esto es en el plano de lo discursivo y reflexivo) como en lo práctico (es decir, en el plano de la asistencia y la atención oportuna).

El cuerpo viviente es también “el cuerpo animalizado” que, además de ser una noción biopolítica, es otra categoría de análisis en los estudios de infancia, y su presencia en los discursos recientes hace referencia a una abertura, a “una zona abierta a la significación” (Mantilla, 2017, p. 39) en la cual hay una fusión orgánica y subjetiva. En esta, la figura del niño se ubica, al mismo tiempo, en el plano de lo inconsciente (animal) y lo consciente

---

<sup>3</sup> Una de sus reflexiones sobre este tema puede encontrarse en su libro *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*; este trabajo narra sus esfuerzos por elevar la condición humana desde la diferencia, una condición ética que enfrenta al ‘sí mismo’ con el ‘otro’ y que además habla de su búsqueda personal sobre la condición humana desde categorías que desarman las lógicas de unidad o identidad en un contexto marcado por las consignas totalitarias de la Segunda Guerra Mundial. Según el autor, la reflexión del yo está, precisamente, en el reconocimiento de un otro, imposible de abarcar en definiciones preestablecidas, un ‘Otro metafísico’, “una alteridad que no es un simple revés de la identidad, ni de la alteridad hecha de resistencia al Mismo, sino como una alteridad anterior a toda iniciativa, a todo imperialismo del Mismo” (Levinas, 2002, p. 62).

(racional), metaforizando en esta dualidad “lo abierto”, una categoría que emplea Agamben (2006) en su libro *Lo abierto y el hombre animal* a partir de las discusiones de Bataille y Kojève sobre la animalidad humana, para así plantear una cercanía, o vecindad, entre el hombre y el animal. El autor propone que, en la modernidad, los seres humanos han empezado a considerar que en el propio cuerpo coexisten tanto la vida animal como la vida humana. En su discurso hay un retorno a la animalidad que, en términos biopolíticos, sugiere un regreso al origen y obliga al ser humano a asumir su vida biológica como una tarea política que antes negaba y excluía lo animal que lo habitaba, mientras que ahora trata de integrarlo. La abertura, entonces, es la fisura que devela la continuidad entre el hombre y el animal, haciendo que sea imposible distinguir qué es lo propiamente humano y qué es lo propiamente animal.

Esta idea también puede analizarse desde la lectura que propone Rosi Braidotti (2000) en su libro *Sujetos nómades*. Allí, la autora propone otra forma de pensar el cuerpo abierto al que aludíamos con las ideas de Agamben. Señala que “el cuerpo, o la corporización del sujeto, no debe entenderse ni como una categoría biológica ni como una categoría sociológica, sino más bien como un punto de superposición entre lo físico, lo simbólico y lo sociológico” (Braidotti, 2000, p. 30). Braidotti, que se considera a sí misma nómada por el movimiento migratorio de su abuelo y por su posterior desplazamiento en búsqueda de esos orígenes migrantes, plantea una lectura feminista que es necesaria para el propósito de este texto porque instala una reflexión que también involucra a las infancias. El nomadismo que ella propone “se refiere al tipo de conciencia crítica que se resiste a establecerse en los modos socialmente codificados de pensamiento y conducta” (Braidotti, 2000, p. 31) y es a esa conciencia a la que se alude en este trabajo cuando se habla de esos cuerpos que se resisten a desaparecer en los desplazamientos.

Desde la resistencia, esos cuerpos infantiles habitan espacios ambiguos, suspendidos entre dos posiciones, no crecen ya en la casa fija con límites estructurados, pero tampoco llegan a sentir que el lugar de acogida les pertenezca o que ellos pertenezcan a ese lugar, no tienen una noción de comunidad homogénea. Por ende, su identidad tiene otra configuración que no tiene que ver con su lugar de origen, sino con su trayecto. Al niño migrante ya no se le pregunta de dónde es ni dónde está su casa, sino en qué lugares has estado, cuál ha sido tu historia en cada lugar.

Nuestro sentido del ser, de la identidad y el lenguaje, es experimentado y extrapolado a partir del movimiento: el ‘yo’ no pre-existe a este movimiento para luego salir al mundo. El ‘yo’ se forma y se reforma constantemente en ese movimiento, en el mundo. (Chambers, 1994, p. 45)

Y aunque esta política que degrada y expulsa a los niños del sistema de reconocimiento jurídico es cada día más fuerte, lo que llama la atención es que el flujo migratorio no cesa. Niños y niñas insisten en desplazarse, ya sea motivados por sus propias familias o por sus propios deseos, siguen haciendo un recorrido que sistemáticamente los convierte en víctimas del desplazamiento y los mata o los desaparece.

El tránsito de menores que migran a Estados Unidos desde México y Centroamérica, solos, sin padres o familiares mayores de edad, es un fenómeno que ocurre desde hace muchos años. Pero en los ocho meses anteriores a que se declarara una crisis, había habido un aumento enorme y muy repentino en esta tasa de migración: entre octubre de 2013 y junio de 2014, la cifra total de menores detenidos en la frontera México-Estados Unidos alcanzó de pronto los 80.000. (Luiselli, 2016, p. 39)

Por esta razón, comprender la subjetividad que portan implica ir a ellos, dirigirnos al espacio del afuera en el que son depositados, conocer su lenguaje —es decir, su universo— y los límites que hay también en ese lenguaje. Esto solo es posible en la medida en que dejemos de verlos como datos estadísticos y accedamos a sus narrativas, sus voces tejen un nuevo sentido de la identidad, que ahora es móvil.

### *El desplazamiento*

El desplazamiento es una forma de migración, tanto dentro de las fronteras nacionales como en el cruce de fronteras internacionales, producto de la violencia que se genera entre el Estado y las bandas delictivas, el crimen organizado, el narcotráfico y la lucha por territorios. Puede ser forzado o voluntario, pero en ambos casos implica la existencia de una situación precaria que vulnera y margina a los grupos familiares en su lugar de origen.

El caso colombiano es emblemático al respecto. Aquí las infancias se desplazan de manera forzada por razones de empobrecimiento, discriminación étnica o violencia territorial. En ellas, el desplazamiento supone además un desarraigo cultural. Las amenazas relacionadas con expropiación de territorios, masacres y desapariciones, obliga a las poblaciones a salir de sus tierras, a perder todo lo relacionado con una forma de vida digna y empezar una especie de éxodo en el que pasan de ser los dueños de su casa y sus tierras a ser poblaciones desarraigadas. En el país, a comienzos del siglo XX, los procesos modernizadores llevaron a las familias a migrar del campo a la ciudad, una cuestión que en términos históricos hablaba de un *desplazamiento* más cercano al desarrollo urbano, pero que en la actualidad, por asuntos relacionados con una violencia latente, se convierte en una constante de grupos familiares consolidados que, tras haber construido un sentido de vida y bienestar alrededor de la casa y la tierra, son obligados a migrar porque los enfrentamientos armados amenazan la vida de alguno de sus miembros.

Las consecuencias de esta violencia sostenida y perpetuada en el tiempo han llegado a dimensiones inimaginables. Una de las más difíciles ha sido, precisamente, el desplazamiento forzado. Según la ACNUR, esta forma de migración sostuvo a Colombia hasta el 2017 como el país con más desplazados internos en el mundo, con alrededor de siete millones de afectados. Dicha situación generó en las últimas décadas un flujo migratorio que aquejó

directamente a los habitantes del área rural y los obligó a dejar sus tierras, cultivos y ganado, iniciándose un éxodo del campo a la ciudad. Este devastador movimiento vació el campo, lo dejó a merced de terratenientes y sobrepobló ciudades céntricas que no estaban preparadas o no querían recibir a los desplazados.

La migración forzada está determinada por las fuerzas de expulsión. Las motivaciones más fuertes para migrar están en el lugar de origen y no en los atractivos que pueda ofrecer el sitio de llegada. El carácter forzado de la movilidad poblacional le da una connotación particular frente a otro tipo de migración (Ruiz, 2011, p. 148). El origen del fenómeno está anclado en conflictos sociales, económicos, militares y políticos que en el país no se han resuelto de manera satisfactoria. A ello se suma un incremento de la violencia por factores como “el surgimiento de grupos paramilitares, el fortalecimiento de las guerrillas, el auge del narcotráfico, la militarización de la sociedad y la intervención bélica estadounidense” (2011, p. 150), consecuencia de un conflicto interno histórico que data de “25 guerras civiles nacionales y alrededor de 60 guerras regionales” (2011, p. 151).

En la actualidad, la disputa por la propiedad de la tierra rural colombiana es la principal consecuencia del desplazamiento. Alfredo Molano, periodista y escritor colombiano, habla de esto en su libro *Desterrados* (2016), un texto de crónicas del desarraigo que surgió, según el mismo autor, porque en los años ochenta se topó con la historia de vida de una anciana que narraba sus vivencias como si fueran una continua huida. Su interés por rescatar este tipo de narrativas sociales lo llevó a recorrer el país, escuchar las historias de la gente y contarlas a través de crónicas en las que se exalta la voz de las víctimas y el trasfondo violento de un país que desaloja a sus campesinos, siempre por razones políticas o económicas. El libro resultado de ese viaje por los lugares más recónditos del país fue escrito años después, desde el exilio que el propio autor tuvo que vivir:

Decidí escribir este libro cuando abrí la puerta del piso al que llegué en Barcelona una tarde triste y oscura de febrero, hace cerca de tres años. El silencio me golpeó la cara, y el vacío —lo confieso— hizo vacilar mis convicciones. Atrás quedaban los pronunciamientos con que enfrenté, ante mis lectores y ante mis hijos y mi gente, las amenazas de una muerte firmada por los paramilitares, amenazas que no fueron las únicas ni las más peligrosas”. (2016, p. 13)

En las palabras de Molano (2016) se entiende que ser colombiano es innegablemente estar atravesado por el desarraigo: “En Colombia casi todo campesino puede decir que su padre, o su tío, o su abuelo fue asesinado por la fuerza pública, por los paramilitares o la guerrilla. Es la diabólica inercia de la violencia, que desde antes de Gaitán ha dejado más de un millón de muertos” (p. 13). “Nuestra historia es la historia de un desplazamiento incesante, solo a ratos interrumpido” (p. 14).

Los miles de relatos que escuchó el escritor tenían en común el desalojo por razones políticas, pero con fines económicos, y las víctimas eran siempre las mismas: campesinos, que lo único que tenían era tierra para vivir. En estos casos, la violencia es un fenómeno que nos preexiste y que, como lo dice Molano, brota desde todas las esferas:

No solo eran los colonos lo que encontraban en la sustitución de cultivos ilegales un modo de vida. La guerrilla encontró en los empresarios del narcotráfico una fuente amplia de extorsión, y las autoridades militares y de policía se lucraban a manos llenas con la represión del fenómeno. En ese río turbulento, todos pescaron; nadie, a la hora de un juicio, podría tirar la primera piedra. (Molano, 2016, p. 16)

Es una historia común que compartimos todos en el país, detrás de la cual se esconden relatos íntimos de casi cada familia colombiana relacionados con amenazas de muerte para lograr el desalojo de los territorios, secuestros con fines extorsivos, desapariciones de índole política, o simplemente muertes indiscriminadas de un fuego cruzado entre la guerrilla, el paramilitarismo y las fuerzas armadas. Un fenómeno que, según el autor, no se ha extinguido, sino que se ha detenido por momentos, nos hace llevar a cuestras el fantasma de la guerra.

Lo que ha sucedido en Colombia hace parte de esos éxodos que alarman al mundo, y que están vinculados a un “conflicto armado cuasipermanente” (Naranjo, 2001, párr. 1), sostenido en el tiempo y arraigado en los espacios. Dicho conflicto no puede analizarse con la misma perspectiva con la que se ven las experiencias de violencia de otros lugares del mundo, como la de los Balcanes o la de África Central. En la mayoría de los países es posible identificar las situaciones concretas que detonaron la guerra, pues, aunque derivadas de problemas que transcurren en marcos de tiempo intenso, tienen un inicio y un final que se puede delimitar (Naranjo, 2001). En Colombia esto es más complejo porque no se ha logrado un cese real de la guerra ni se ha dado una solución que finalice con la violencia. El desplazamiento asociado a causas violentas ha existido desde siempre, “es un eje de pervivencia histórica que atraviesa la vida nacional desde la fundación de la república hasta el presente” (2001, párr. 9). Su principal consecuencia en las personas ha sido la naturalización del horror y la aceptación de una identidad social marcada por el desarraigo, a lo cual se suma una estrategia de control represivo que imposibilita hacer un ejercicio de memoria sobre los hechos que por lo general victimizan a las poblaciones más vulnerables: las comunidades campesinas e indígenas.

Todo en la vida cultural colombiana ha sido afectado por el desplazamiento violento y “está inscrito en los recuerdos de los habitantes urbanos, precedió la fundación de los barrios en las grandes ciudades y de poblaciones grandes y pequeñas a lo largo y ancho de las fronteras” (Naranjo, 2001, párr. 10). El desarraigo es la constante, es la característica principal de los habitantes del país y se ha instalado en la memoria identitaria como un eje vertebral

de la conformación de la nación. En otras palabras, el desplazamiento por causas violentas está naturalizado en las personas y no hay cuestionamientos sobre ello, al contrario, hay una aceptación silenciosa de que las cosas son así y que no podrían ser de otra forma.

El fenómeno es recurrente, y se ha diluido en el tiempo y en el espacio geográfico causando “éxodos aluviales —familiares e individuales—, silenciosos y no visibles, con desplazamientos forzados que anudan huidas temporales y retornos azarosos, con el abandono definitivo de los lugares de origen y residencia” (Naranjo, 2001, párr. 12). Las regiones han sido impactadas por esto en tiempos disímiles, así, mientras en unos lugares se vive una aparente calma, en otros la violencia ocasiona desplazamientos masivos. De este modo la circularidad del conflicto que atrapa a las poblaciones, nunca ha dejado de cobrar vidas.

Las principales causas están asociadas a las disputas por territorios que detonan sin previo aviso en diferentes lugares del país, aún con más ahínco en zonas periféricas o fronterizas habitadas en su mayoría por campesinos y comunidades indígenas que, una vez quedan atrapadas en esta guerra, se ven obligadas a desplazarse. Es decir, los habitantes de la ruralidad colombiana no abandonan por cuenta propia sus tierras, son forzados a salir mediante estrategias de terror entre las que se cuentan el incendio de casas y pueblos enteros, el secuestro y las amenazas de muerte hacia los integrantes de sus familias<sup>4</sup>.

Los desplazados se mueven en búsqueda de un lugar neutral donde puedan estar un tiempo mientras pasa la ola de violencia que los expulsó, o donde puedan asentarse y construir de nuevo sus casas. Sin embargo, en Colombia esto es imposible, pues quien se desplaza queda marcado de alguna manera por un bando u otro del conflicto, y ello impide que el poblador del campo o de la selva vuelva a su lugar de origen, así que, como parte de su errancia, debe tratar de diluirse para pasar inadvertido, y por eso termina por llegar a las grandes ciudades, lugares en los que cree que puede mimetizarse. No obstante, en la urbe el problema se acrecienta, porque ser desplazado en la ciudad implica ser criminalizado desde antes de llegar, y por tanto inhabilitado para ser tratado como un ciudadano digno. Las calles de Medellín, por ejemplo, están llenas de familias de campesinos y de pueblos indígenas que quedaron sin hogar, en la intemperie, piden dinero en los semáforos o se sientan en las aceras a esperar que alguien les dé algo para comer. Los habitantes locales miran con desprecio a estas personas, no logran imaginar que tan solo hace un par de meses tenían casa, familia y territorio.

<sup>4</sup> El caso de Granada, municipio de la subregión oriente del departamento de Antioquia, es un ejemplo concreto de esta situación. El 11 de junio de 1988 se llevó a cabo la primera toma guerrillera de las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, hoy Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común) que actuaba allí para disputarle el territorio al Ejército Nacional, a los grupos paramilitares y al Ejército de Liberación Nacional (ELN). Desde esa época, el control del municipio se mantuvo entre los grupos guerrilleros: FARC y ELN, quienes presionaban a la población civil con asesinatos colectivos, secuestros, extorsiones y desplazamientos forzados. Para el año 1999, ambos grupos armados estaban en franca disputa, y en ese contexto los grupos paramilitares empezaron a hacer presencia. A partir de allí las confrontaciones armadas en el área urbana del municipio se intensificaron; “dos hechos dan cuenta del horror de esta guerra sin tregua: la masacre paramilitar del 3 de noviembre del 2000, donde fueron asesinadas 19 personas; y la toma guerrillera de las FARC el 6 de diciembre del mismo año, en el que los subversivos detonaron un carro bomba con 400 kilos de dinamita” (Hacemos memoria, 2017, párr. 7). “Según el informe de Centro Nacional de Memoria Histórica, entre 1993 y 2004, en Granada ocurrieron 13 masacres, 49 casos de ejecuciones extrajudiciales, 299 casos de desapariciones forzadas, 47 secuestros y mil quinientos asesinatos” (párr. 6).

En las grandes ciudades, los desplazados se convierten en el blanco de las bandas de crimen organizado urbano, entre ellas, los carteles de droga que pelean los territorios de venta y consumo en los barrios. Para ellos, los migrantes tienen dos posibilidades: ser marcados como sospechosos por ser extranjeros y por ello estar siempre ante una amenaza implícita de muerte, o ser aliados de la causa criminal. El crimen organizado hace de estas poblaciones víctimas indiferenciadas, las obliga a esconder su historia y su origen, y el Estado, por su lado, les remarca esa condición, pero no les restituye ni sus tierras ni su estatus de ciudadanos. Han perdido doblemente su territorio, primero por el desarraigo y segundo por la imposibilidad de retornar a él en las mismas circunstancias en las que lo habitaban antes.

Todos en Colombia cargan con este espectro violento, sea porque lo vivieron de manera directa o porque algún familiar o conocido lo padeció; prácticamente en cada casa colombiana hay un altar y una vela encendida para alguien que murió en medio de este tipo de violencia o para un desaparecido. Lo que resulta paradójico aquí, es el lugar que se le asigna a la niñez.

## Conclusiones: infancias colombianas “chivos emisarios” del desplazamiento

En el contexto de la guerra, las personas adultas suelen esconder emociones como la angustia, el miedo o la tristeza; y por lo general es el niño el eslabón más frágil entre el grupo familiar, quien se convierte en el receptáculo de todos los sentimientos no dichos. Según los estudios sobre la dinámica de grupos, realizados por el psicoanalista Enrique Pichon-Rivière (1980), en todo grupo hay diferentes roles asumidos: un portavoz, un líder, un saboteador y un chivo emisario. Este último hace alusión a un sujeto que expía las culpas del grupo familiar convirtiéndose en el receptor de los miedos y angustias no dichas del resto de los integrantes.

El chivo emisario percibe las emociones escondidas en el grupo y las manifiesta a través de actos que reflejan el estado psíquico de las personas, en su cuerpo se convierten en comportamientos de tipo patológico. Esto es común, por ejemplo, en las familias en las que entre los cónyuges hay abuso verbal y físico. La víctima puede tratar de esconder sus emociones al respecto, pero el hijo las revela a través de actitudes violentas, estados de ánimo depresivos o aislamiento, entre otras muchas manifestaciones posibles. En este contexto, el que hace las veces de emisario es el hijo, que es depositario de los aspectos negativos del conflicto.

Mencionamos esta idea para dejar abierta la reflexión sobre el lugar que las infancias desplazadas ocupan dentro de los grupos familiares, pero también a nivel del país. Son innumerables los niños catalogados como desplazados, y en la actualidad hacen parte de un grupo de desterrados que, como ya dijimos, conforman la radiografía social del territorio.

Lo no dicho se puede leer en sus cuerpos y en sus desplazamientos. Son también historias de vida que se dejan de lado porque históricamente han sido entendidas como vidas menores, sin ciudadanía. Ellas están necesitadas de un espacio de visibilización tanto estético como político que apele a la sensibilidad humana, a la capacidad que cada sujeto adulto tiene de recordar su propia infancia y desde allí empatizar con las infancias actuales, para que a su vez impacte los planes y proyectos sociales a través de los cuales se está definiendo el futuro de la niñez.

## Referencias

- Agamben, G. (2006). *Lo abierto: El hombre y el animal*. Adriana Hidalgo editora.
- Arizpe, E. (2012). Entre imágenes y palabras: la investigación que promueve comunidades lectoras inclusivas y creativas. En T. Colomer & M. Fitttpaldi (Coords.). *La literatura que acoge: Inmigración y lectura de álbumes* (pp. 44-68). Banco del Libro.
- Armendares, P. E. y Moreno-Brid, J. C. (2019). La política migratoria de Trump: antecedentes y consecuencias para los migrantes mexicanos y sus comunidades. *México y la Cuenca del Pacífico*, 8(22), 9-31. <http://dx.doi.org/10.32870/mycp.v8i22.606>
- Braidotti, R. (2000). *Sujetos nómades*. Paidós.
- Bustelo, E. (2007). *El recreo de la infancia. Argumentos para otro comienzo*. Siglo XXI Editores.
- Castles, S. y Miller, M. (2004). *La era de las migraciones: movimientos internacionales de poblaciones en el mundo moderno*. Universidad Autónoma de Zacatecas.
- Chambers, I. (1994). *Migración, cultura, identidad*. Amorrortu Editores.
- Hacemos Memoria. “Granada: ¡Nunca más! Hacemos memoria”. (2017). <http://hacemosmemoria.org/2017/09/22/granada-nunca-mas/>.
- Levinas, E. (2002). *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*. Editorial Sígueme.
- Luiselli, V. (2016). *Los niños perdidos. Un ensayo de cuarenta preguntas*. Sexto Piso.
- Mantilla, L. (2017). *Biopolítica e infancia. Niños, niñas e instituciones en el contexto latinoamericano*. Universidad de Guadalajara.

Molano, A. (2016). *Desterrados*. Debolsillo.

Naranjo, G. (2001). El desplazamiento forzado en Colombia. Reinención de la identidad e implicaciones en las culturas locales y nacional. *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 5 s.p. 27/08/2019 <http://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/362>.

Pichon-Rivière, E. (1980). *Teoría del vínculo*. Ediciones Nueva Visión.

Ruiz, N. (2011). El desplazamiento forzado en Colombia: una revisión histórica y demográfica. *Estudios demográficos y urbanos*, 26(1), 141-177.

# COLOMBIA, EL INFIERNO DE LOS NIÑOS DE LA VIOLENCIA<sup>1</sup>

---

Juan Guillermo Espinal Barrientos\*

## Resumen

Colombia es un país que, desde su declaratoria de Independencia en 1810, ha soportado un ciclo intermitente de conflictos armados, en los cuales se han presentado enfrentamientos entre grupos de colombianos que, motivados por intereses personales o colectivos, han sembrado el territorio nacional de cadáveres y no han permitido una verdadera construcción política y social. Entre las múltiples víctimas de estos enfrentamientos internos se debe destacar a los niños, niñas y adolescentes, al igual que a las mujeres, consideradas hasta hace poco como seres incapaces, reducidas a la denigrante situación de una minoría política sin ningún derecho. Los contendientes han utilizado a estos grupos vulnerables, incorporándolos en los ejércitos sin tener en cuenta las violaciones a los derechos humanos que implica el reclutamiento de menores de edad, tal como se puede observar al analizar los primeros conflictos armados en el país y la consiguiente prolongación de esta situación en los conflictos actuales.

## Palabras clave

Conflicto armado; Minoría de edad; Reclutamiento forzado; Guerras internas; Vulnerabilidad.

---

<sup>1</sup> Capítulo producto de investigación desarrollada por el semillero de investigación Estudios del conflicto armado colombiano de la Institución Universitaria Visión de las Américas, con la coordinación de Juan Guillermo Espinal Barrientos. El autor acompañó el proceso de edición del texto hasta su aprobación; luego de su fallecimiento, el capítulo se publica en su memoria.

\* Abogado, escritor y poeta. Al momento de aprobación del capítulo, docente investigador del Grupo de Investigación Orbis Iuris de la Fundación Universitaria Autónoma de las Américas y director de investigaciones de la Agencia Internacional de Entrenamiento Socio-Jurídico (AINDES).

## Introducción

El presente trabajo es fruto de la labor desarrollada por el semillero de investigación Estudios del conflicto armado colombiano de la Facultad de Derecho de la Institución Universitaria Visión de las Américas, el cual viene investigando cuál ha sido el papel que le ha correspondido vivir a niños, niñas y adolescentes en los múltiples conflictos armados que se han vivido en la historia republicana de Colombia.

Para hablar de la violencia que se ejerce sobre los niños, niñas y adolescentes, es necesario explayarse sobre las distintas clases de violencia que pueden victimizar a cualquier persona; entre ellas, por solo nombrar algunas, la violencia intrafamiliar, la sexual, la psicológica, la laboral, la ejercida por la delincuencia común y la derivada tanto de los conflictos de la comunidad local como de las confrontaciones generales que desencadenan los enfrentamientos entre grupos armados que pretenden dominar las estructuras políticas, ideológicas, económicas y culturales de una nación.

Ante estas violencias cotidianas, los niños, niñas y adolescentes son, tal vez, el grupo más vulnerable, dado que no cuentan con elementos de fuerza para defenderse de las agresiones ni tienen el espíritu cubierto de experiencias que les permitan prevenir los ataques de sus agresores o, al menos, asimilar el daño que puedan llegar a recibir; son, entre todos, los seres más indefensos frente a los ataques que planifican los deseos y la ambición de las personas con las cuales deben compartir, así sea momentáneamente, algunos espacios de su vida, que apenas emerge a través de las sombras del dolor y del tiempo.

Cuando se observa la situación en la cual se encuentran los niños en casi todos los lugares del planeta, una sombra de tristeza cruza por el horizonte humano y es por ello que los organismos nacionales e internacionales se han visto en la necesidad de crear mecanismos de protección, para evitar que se sigan vulnerando los derechos de niños, niñas y adolescentes y se pueda pretender un sueño, todavía lejano, de un planeta cubierto de sonrisas infantiles. Entre estos tratados, cabe resaltar los siguientes: Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre el Tráfico Internacional de Menores; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; Convenio sobre la Jurisdicción, Reconocimiento y Ejecución de la Ley y la Cooperación, con relación a la responsabilidad paterna y a las medidas para la protección de los niños; Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional; Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente de mujeres y niños; Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía; Protocolo Facultativo de

la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la participación de los niños en el conflicto armado; Convenio N.º 138 de la OIT; Convenio N.º 182 de la OIT y Recomendación N.º 90, que lo complementa, sobre las peores formas de trabajo infantil.

Como puede verse, el problema de la violencia ejercida sobre niños, niñas y adolescentes es de tal envergadura que abarca prácticamente todas las actividades humanas y ha requerido de un esfuerzo a nivel internacional. Este, a pesar de las buenas intenciones, no alcanza a dar una solución efectiva a las múltiples situaciones en las cuales son vulnerados los derechos de los y las menores de edad, dado que muchas de estas violaciones permanecen en los rincones del silencio y son minimizadas bajo artilugios, tales como que solo se trata de conductas encaminadas a lograr una adecuada educación de los niños o que las condiciones económicas obligan a que todas las manos disponibles aporten a la manutención o, lo que es peor, que los adultos tienen el derecho a disponer del tiempo y del cuerpo y de los sueños infantiles porque, al fin y al cabo, son ellos los que se desgastan permanentemente para darles todas aquellas cosas que necesitan para lograr sobrevivir.

Estudiar todos los tipos de violencia que se ejercen sobre niños, niñas y adolescentes en todos los lugares del planeta sería una labor quijotesca que desbordaría cualquier posibilidad de comprensión sobre el tema propuesto, pero, como un aporte a la comprensión de los problemas sociales que se derivan del ejercicio violento del poder frente a los menores de edad, es pertinente analizar casos puntuales que puedan servir como parámetros de comprensión de esta problemática global. Es por ello que el presente escrito centra su atención en la violencia que se ejerció en Colombia sobre los niños desde los días de la búsqueda de una presunta independencia hasta finales del siglo XX, tomada como un antecedente para comprender los conflictos armados que se libran en la actualidad en el territorio nacional. Se alude, fundamentalmente, a la violencia ejercida sobre los niños, niñas y adolescentes durante los conflictos armados que, como una fiebre endémica, marcaron los primeros cien años de la pseudohistoria nacional; es decir, se dejan de lado las otras violencias y se centra la atención en el tratamiento que se ha dado a los niños, niñas y adolescentes por parte de las fuerzas del Estado y por los conductores de los grupos armados que han atacado y defendido los diferentes frentes ideológicos, políticos, económicos y culturales que han dividido en pequeños trozos violentos la historia nacional.

Para lograr este propósito, el equipo de semilleristas concentró sus esfuerzos en el desarrollo de una metodología dogmática, dirigida a la búsqueda de documentación pertinente sobre el tratamiento dado a los niños, niñas y adolescentes en los diferentes conflictos que se han desarrollado en el contexto colombiano, en el período histórico que va desde la guerra de Independencia hasta la muerte de Jorge Eliecer Gaitán, en 1948, período que puede considerarse como un prelude a los conflictos armados que han ensombrecido el panorama político, social y cultural de Colombia durante los últimos setenta años y que servirá de punto de partida para futuras investigaciones.

## Colombia, un país en guerra permanente

Si bien un estudio acerca de la violencia ejercida sobre los niños, niñas y adolescentes podría remontarse, incluso, hasta las sociedades precolombinas, en las cuales grupos tribales como los aztecas, en centro América, sometían a los niños a largas jornadas de trabajo en la recolección del maíz, situación que se extiende a la época de la Colonia, durante la cual “los niños trabajaban en labores agrícolas asociadas a las obligaciones propias del inquilinaje y el trabajo familiar en la pequeña propiedad” (Contreras Largo, 2019). Este contexto se hace visible, igualmente, cuando se observan los abusos de los esclavistas con los niños y niñas africanos, los cuales eran sometidos a todo tipo de vejámenes, incluida la violencia sexual, o cuando se observa el trabajo obligatorio que debían prestar los indígenas a los encomenderos como parte del tributo establecido por la Corona española:

Aunque las tasas de tributos permitían que el encomendero contratara peones en algunas épocas del año e incluso que mantuviera [a] dos o tres trabajadores estables siempre y cuando satisficiera la obligación de pagar un salario, el deber tributario de los indios servía de pretexto a los encomenderos para emplear a la comunidad entera, sin exceptuar las mujeres ni los niños, y para eximirse de pagarles un salario. (Colmenares, 1966)

No obstante la multiplicidad de situaciones en las cuales se hace evidente la violación de los derechos de los menores de edad, el presente estudio parte, por consideraciones metodológicas, de las primeras guerras libradas en Colombia a partir de la declaratoria de Independencia, a fin de centrar el tema en la situación de los niños, niñas y adolescentes en los conflictos colombianos.

Desde esta perspectiva se refieren, aunque de manera somera, las violaciones perpetradas por los ejércitos libertadores en su lucha por derrotar a los pueblos leales a la Corona española, las cuales se hacen evidentes en el enfrentamiento que sostienen las fuerzas comandadas por Simón Bolívar en su afán de someter a la ciudad de Pasto y que tuvo su momento más terrible en la denominada “navidad negra”, que no fue otra cosa que una masacre cometida por los ejércitos libertadores bajo las órdenes de Bolívar, considerado por muchos nariñenses como un antihéroe que no tenía respeto por la población:

El 24 de diciembre de 1822 el pueblo del sur fue invadido, pisoteado y abusado, la libertad se tiñó de sangre, se perfumó de muerte, se vistió de persecución, de masacres y sacrificios. Sobre el pie del Galeras, Bolívar bautizó con muertos las calles, con violaciones las iglesias, con represiones a la valentía; no dejó un sueño vivo porque sólo su sueño era posible, porque la independencia debía depender solamente de sus ideales. / El 23 y 24 de diciembre de 1822, después de rudo combate en el barrio Santiago de Pasto, en horrible matanza que siguió, soldados, hombres, mujeres, niños y ancianos fueron sacrificados y el ejército “libertador” inició un saqueo por tres días, asesinatos de indefensos, robos y otros desmanes; hasta el extremo de destruir, como bárbaros, los libros públicos y los archivos parroquiales, cegando así tan importantes fuentes históricas. No respetaron los templos donde el pueblo pastuso buscó protección. (Arévalo, 2015)

Esta actitud del libertador constituye un antecedente de las continuadas violaciones y ultrajes a que serán sometidos los y las menores de edad en los conflictos permanentes que asolarán el territorio colombiano. Se debe mirar, en esta ejemplificación de la vulnerabilidad de la situación de los niños, niñas y adolescentes, el caso particular que ha sido denominado “la historia de la hija bastarda del libertador”, para comprender que, por encima de los ideales que han sido defendidos en los distintos conflictos, existe una tendencia a imponer voluntades personales sobre los grupos más vulnerables.

La historia se refiere a Fátima, pequeña niña de doce años, hija de la familia Santacruz, cuyos registros civiles y de bautismo figuran en la Academia Nariñense de Historia. Ella fue violentada sexualmente por Bolívar y de dicho acto quedó embarazada. Dicen las crónicas que, sabiendo del apetito sexual del Libertador, la familia Santacruz, al enterarse de que este los visitaría para pedir una contribución para la causa insurgente, escondieron a la pequeña Fátima. Al darse cuenta de su ausencia, Bolívar ordenó que la niña fuese llevada a su presencia y, haciéndola montar en un caballo, la llevó consigo. Se dice que estuvo con la niña durante los días funestos de la Navidad negra. Y que después:

[...] la hija pequeña de los Santacruz fue devuelta a su casa, los padres la observaron y todavía entre sus manos traía consigo, su muñeca de trapo, el comentario entre los vecinos no se hizo esperar, el rumor se expandió como fuego entre las llamas, aquella madre solo la abrazó fuertemente, odiando de por vida al hijueputa general, que se había atrevido a manchar el honor de la familia. Pasaron los meses desde lo sucedido y lo inevitable, lo que todos no querían que sucediera, lo que se le pedía a Dios todos los días orando llegó; la pequeña Fátima tenía síntomas propios de un embarazo, ya que meses atrás su ciclo menstrual se le había interrumpido. A esa pobre familia se le vino el mundo abajo, el qué dirán se los estaba devorando vivos, sin clemencia, por eso no hubo otra solución, la encerraron en su cuarto junto con su muñeca de trapo, para esconder un secreto, que todo el mundo ya lo sabía, menos el general Simón Bolívar padre de la criatura. (Sañudo, 1925)

Esta historia, si bien se ha conservado en la tradición oral de la región, fue novelada por Evelio Rosero en un bello texto titulado *La carroza de Bolívar* y se ha corroborado en registros históricos, dado que:

Hasta la fecha de hoy, existen los registros de la hija de Fátima en la iglesia de san Agustín, como todavía, existe la casa en el centro de la ciudad, la descendencia de los hijos de la pequeña Fátima se desconoce, pero se sabe que en los registros del centro histórico de la ciudad de Quito, se halló el nombre de Fátima Santacruz, la hija de Bolívar, el cual tuvo dos descendientes varones más. (Sañudo, 1925)

## La violencia contra los menores, una herencia histórica

Esta violencia en contra de los niños, niñas y adolescentes no fue exclusiva de los ejércitos libertadores, la situación de desprotección en que aquellos se encontraban y los constantes abusos que contra ellos se cometían fueron permanentes; sin embargo, la gran mayoría de los casos fueron arrojados al olvido del tiempo porque no existía una clara definición de cuál era la edad apta para ingresar al ejército o a las fuerzas contendientes:

A partir de las necesidades provocadas por los procesos de independencia, el Ejército nacional nace de manera poco organizada pero efectiva, a pesar de que la disciplina es el centro de su formación. Tampoco existió una reglamentación interna clara, salvo la que se pudo copiar de las mismas fuerzas españolas y de la influencia de la legión británica. De allí que no existiera un límite entre la edad conveniente para ingresar a las filas, en vista del apremiante momento en que se vio envuelto el país. Por esta razón, la primera escuela organizada por Santander incluyó la formación militar para todos los estudiantes sin importar la edad, en previsión de una reconquista. En el fondo, aunque desapareció el peligro de una invasión europea, permanecieron en la escuela los sentidos de disciplina y orden. Los colegios fueron internados que simulaban dos cosas: monasterios o cuarteles. (Reina Rodríguez, 2012)

A lo anterior debe agregarse que Colombia, además de los conflictos actuales, vivió una gran profusión de guerras intermitentes durante el siglo XIX y comienzos del XX. Esas guerras están comprendidas entre la época de la Independencia (1810) y 1902, año en que acaba la llamada Guerra de los Mil Días. En ellas se confrontaron diversos sectores de la sociedad civil colombiana bajo las banderas, inicialmente, de las huestes centralistas y federalistas, lo que se convirtió, posteriormente, en una confrontación entre bolivarianos y santanderistas, desembocando en los enfrentamientos entre los dos partidos tradicionales: el Liberal y el Conservador. En total, se habla de aproximadamente cincuenta y dos guerras, cuarenta de ellas prácticamente perdidas en los vericuetos del silencio, ya que se trató de conflictos locales y regionales que no tuvieron la trascendencia de los doce restantes, que tuvieron repercusión nacional (Sánchez Gómez, 2006).

Cabe resaltar la guerra de la Patria Boba, entre 1810 y 1815; la de 1828 y 1829, contra Perú; la de 1830 y 1831, que tuvo por consecuencia la separación de Venezuela y de Ecuador de la Gran Colombia; la denominada guerra de los Supremos, entre 1839 y 1841; la de 1851, que constituye el primer gran enfrentamiento entre liberales y conservadores; la de 1854, ocasionada por el golpe de Estado del general José María Melo; la de 1860 y 1862, en la cual se enfrentaron los conservadores reformistas bajo el gobierno de Mariano Ospina Rodríguez y los liberales partidarios del federalismo; la de 1876 y 1877, de carácter político-religioso, en la cual se enfrentaron conservadores tradicionalistas con el gobierno liberal de corte radical; la de 1884 y 1885, que sostuvieron los liberales contra el movimiento central de la Regeneración, propuesto por el presidente Rafael Núñez con apoyo mayoritario del Partido

Liberal; la de 1895, en la cual los liberales se opusieron a las medidas retrógradas de Miguel Antonio Caro, quien, a través de la “ley de los caballos”, limitó la libertad de prensa y demás libertades individuales y, finalmente, la de los Mil Días, ocurrida entre 1899 y 1902, en la que se confrontaron las fuerzas conservadoras y las liberales y que constituyó un enfrentamiento con altos niveles de barbarie.

Esta cronología de los conflictos acaecidos en Colombia solo abarca el período de tiempo comprendido entre la declaratoria de Independencia y los comienzos del siglo XX; durante el transcurso de este siglo y los comienzos del XXI se ha presentado una nueva serie de enfrentamientos bélicos que merecen un tratamiento aparte, puesto que se han desarrollado nuevas formas de abuso de los niños, niñas y adolescentes en una descarada inclusión de ellos como actores activos de los enfrentamientos armados.

De las primeras guerras se podrían contar algunas anécdotas interesantes sobre la situación de niños, niñas y adolescentes; baste con citar el caso de Pedro Pascasio Martínez, menor que capturó al general Barreiro en la batalla del puente de Boyacá

La historia registra de manera temprana la presencia de niños en los ejércitos libertadores. El caso más sonado es el de Pedro Pascasio Martínez (1807-1885), conocido como el soldado niño o el infante soldado, muchacho que se vinculó a la edad de 12 años al batallón Rifles y a esa edad participó en las batallas del Pantano de Vargas y Boyacá. En esta última, se hizo célebre por la captura del coronel español José María Barreiro (A la Memoria, 1883). Allí Bolívar lo ascendió a sargento. (Reina Rodríguez, 2012)

Pero en estos primeros conflictos, en purismo, no se puede hablar solo de niños, niñas y adolescentes, puesto que se debe incluir a las mujeres que, en aquella época, eran consideradas relativamente incapaces, como los menores de edad, dado que no tenían ningún derecho civil ni político. Sin embargo, aunque con una cierta reticencia relacionada con los conflictos que su presencia podría traer en los cuarteles, se les permitió participar activamente en los ejércitos; la mayoría de las mujeres se encargaban de conseguir las provisiones, cocinaban y cuidaban a los enfermos, ello a pesar de la prohibición inicial que se dio en 1819, según la cual ninguna mujer debería de marchar con los ejércitos, bajo pena de ser apaleadas. Pero ellas lo hacían, yendo tras sus amantes y esposos, dado que preferían arriesgarse a sufrir una paliza que soportar el abandono de sus compañeros; no obstante, hubo honrosas excepciones, como María Martínez de Nisser, mujer sonsoneña que peleó en la revolución de 1841, o la negra Dolores, una lancera caucana que estuvo presente en los ejércitos de Mosquera que atacaron a Bogotá (Martínez Carreño, 2000).

Muchas fueron las mujeres que realizaron actividades directamente en los campamentos, generalmente en labores que no tenían que ver con los enfrentamientos directos, aunque en algunas ocasiones se presentase el caso de mujeres guerreras que atacaban con los hombres las huestes enemigas. Este fue el caso de la negra Liboria, la cual empuñó las armas, al lado de los varones, en el combate de puerto Gago, en Panamá, y cuyo valor fue reconocido, incluso,

por las propias tropas conservadoras. A pesar de estos casos relativamente excepcionales de mujeres guerreras, lo común era que las mujeres participaran en labores de apoyo, como aconteció en los campamentos de la referida campaña de Panamá:

Las cholas realizaban labores que abarcaban un número variado de actividades, listándose entre éstas: retirar heridos de los campos de batalla, curar a los heridos, cocinar, lavar las ropas de los combatientes, recolectar cosechas, cuidar y alimentar ganado y aves comestibles, preparar brebajes para la cura de enfermedades como el paludismo, la malaria, el tifo, la viruela, etc. Inclusive algunas llegaron a participar en la construcción de trincheras de piedra, transportando y apilando gran cantidad de piedras. (Nelson Austin, 2003)

No todas las mujeres iban a la guerra. Muchas de ellas se quedaban en las comunidades cuidando a los niños y realizando labores domésticas, pero, aun así, su labor de apoyo era importante, puesto que se dedicaban, además, a elaborar artesanías, las cuales vendían para comprar los productos necesarios que servirían, muchas veces, de apoyo a sus esposos, hermanos e hijos que estaban en combate; bien les entregaban alimentos y bebidas cuando pasaban por los caseríos, en sus constantes recorridos, o abastecían de alimentos las huacas de los guerrilleros, que no eran otra cosa que hoyos abiertos en la tierra o en la roca en los que los combatientes guardaban balas y bolsitas de pólvora y en los cuales estas mujeres dejaban alimentos para los combatientes (Nelson Austin, 2003).

Tal vez el ejemplo más dramático que se encuentra en la historia de aquellos años sea la narración de Teresa Otálora Manrique, nacida en Choachí, en el año 1880, quien a sus diecinueve años se vinculó al ejército revolucionario en plena Guerra de los Mil Días. Ella cuenta que, en agosto de 1900, en el municipio de Dolores, Tolima, nació su hijo, en medio del silbido de las balas y el tropel de los caballos. Conte Jean (1978) rememora:

Llevando en brazos al hijo de un mes, Teresa continuó su trashumancia en las fuerzas revolucionarias del Tolima: “...Nos vimos apresurados a coger la directiva a Prado, yo en mi caballo, mi niño terciado en una sábana sirviéndole de blandura la almohadita puesta en la horqueta del galápago, llevando una que otra arma y provista de víveres para los más necesitados en la hora de la batalla, todo sujeto a las horquetas del galápago y a mí. En Prado hubo órdenes de seguir a Baraya con el general Pulido; posicionados allí, en octubre de 1900, en aquel inmenso llano se estalla una batalla de tres días sin descanso, el silbato de las balas, el estruendo del cañón y la metralla hacen reventar los oídos de mi tierno niño. Lloré en silencio el dolor de mi hijo, pero sonreí de alegría al ver el triunfo”

Finalmente, y antes de relatar su regreso prisionera a Choachí cuando el niño tenía cinco meses, se extiende llena de orgullo materno: “¿Cómo era este niño? A mí no me convendría decirlo pero me es necesario para dar a saber que las que lo odiaban no dejaban de alzarlo y admirarlo; la Providencia lo dotó con el don de la belleza para la salvación de una madre atribulada y de un hijo mártir de esa época”. (Martínez Carreño, 2000)

De igual manera, la situación de los niños en estos años conocidos como la Guerra de los Mil Días, años que serán el punto álgido de los enfrentamientos al declinar el siglo XIX y despuntar el XX, fue dramática, puesto que no se hacían distinciones:

Iniciadas las hostilidades, aunque el gobierno acrecentó sus filas con muchos voluntarios conservadores, su recurso natural fue la conscripción obligatoria. En un principio ésta se realizó ciñéndose a disposiciones oficiales que establecían límites de edad y permitían algunas excepciones por impedimentos físicos o estado civil, pero pasados apenas unos pocos meses los reclutamientos tomaron un carácter indiscriminado, inclusive políticamente. Aunque se trataba de una guerra civil entre dos partidos, en las redadas que se hacían para engrosar las filas del ejército no sólo se tomaban ancianos y niños, jefes de hogar, enfermos y limitados físicos, sino militantes del partido contrario. (Jaramillo Castillo, 2000)

La carrera militar en sí misma era inexistente. A pesar de que se aceptó una edad mínima de dieciséis años para el ingreso al Ejército nacional, en realidad pocas veces se cumplió con esto. Bastaba con la firma de los padres para que los niños menores de diez años se incluyeran en las filas e, incluso, la gran mayoría de las veces ni siquiera se solicitaba esta autorización, sino que los niños eran reclutados, bien de manera voluntaria, bien de manera forzosa. Un caso particular que es ejemplo de la vinculación de niños a los ejércitos en el siglo XIX es el de Esteban Huertas, quien llegó a ser general de la República:

La carrera de Esteban Huertas fue meteórica. Nació en Umbita (Boyacá). Se enlistó a los 8 años en 1884 en el batallón 10 de Soacha como ayudante de rancho y aguatero. A los 9 años le dieron de alta como soldado y en el mismo año ascendió a tambor mayor. A los 12 años fue cabo primero y pasó a las filas del batallón Valencey. En 1890 fue sargento segundo a la edad de 14 años y en 1894 llegó al rango de subteniente. En 1897 fue sargento mayor y en noviembre de 1899 ascendió a capitán. En 1900 recibió el rango de coronel. Ese mismo año perdió una mano en la guerra civil. Dos años más tarde, con 26 años de edad, fue ascendido al grado de general y finalmente en 1903 hizo entrega de la Guarnición Colombiana en Panamá. Huertas es un ejemplo de cómo el patriotismo pasaba a un segundo plano cuando las aspiraciones personales superaban las de la institución. Mientras no se separó el reclutamiento de los intereses políticos, el patriotismo pasó a ser un lema más, por lo menos para muchos de los reclutas de los sectores populares. También es el caso de un niño que hizo carrera en la milicia, lo que demuestra que la edad era lo de menos a la hora de reclutar a los campesinos e indígenas. (Reina Rodríguez, 2012)

Puede observarse que, durante este período que va de 1899 al 1902, la situación de muchos niños era angustiada, como bien lo ha evidenciado Carlos Eduardo Jaramillo Castillo, historiador colombiano que, al relatar hechos acontecidos con niños durante aquellos años:

[...] señala la existencia del batallón comandado por el general Vargas, conformado por niños norte santandereanos que fluctuaban entre los 15 y los 17 años y sacrificado en su totalidad en el combate de Palo Negro. Y [...] el Cuerpo Cívico de Caloto, compuesto por 30 niños de 10 a 15 años, que por su juventud fueron conocidos como el batallón Sardinias. Los niños eran ocupados como espías, mensajeros, aguateros, ordenanzas o combatientes. Carlos Jaramillo afirma que eran muy solicitados por su agilidad, la disciplina y la capacidad para afrontar la intensidad de la guerra. Por esta razón, el reclutamiento de niños era, en muchos casos, a la fuerza sin importar la filiación política. (Reina Rodríguez, 2012)

Hay referencias de algunos casos que son un claro ejemplo del reclutamiento que, aunque denominado por las fuerzas combatientes “voluntario”, realmente debe considerarse obligatorio, ya que, en muchas oportunidades, se realizaba por medio de golpes y de actitudes que coaccionaban la voluntad de los menores. Este fue el caso de Antonio Tovar, quien fue reclutado a la edad de quince años, en un acto de violencia en el cual fue golpeado inmisericordemente por elementos pertenecientes a las fuerzas del gobierno, o el caso de Alejandro Vanegas, de solo trece años, quien corrió con la misma suerte. Para redondear este acápite de las acciones violentas contra los niños reclutados en los diferentes bandos durante ese punto álgido del conflicto denominado Guerra de los Mil Días, se hace necesario escuchar la voz de uno de aquellos menores de edad que combatieron en las largas batallas que enfrentaron al gobierno conservador contra las fuerzas liberales, que se encontraban en estado de insurrección:

Once años tenía cuando me tomaron los conservadores para que militara con ellos y, a pesar de ser conocida mi familia con la de los jefes conservadores, estos no me dejaron libre. Ese día sin instrucción alguna me dieron una Remington que era el arma más popular del ejército, provisto de una cabuya para colgarlo, y de una vez me hicieron formar con la tropa. Yo, como todos los chinos, a punta de poner cuidado en los desfiles y en las entradas de los ejércitos, conocía los principales movimientos y órdenes de mando, por lo que cuando me formaron las hice muy bien. (Jaramillo Castillo, 2000)

A este conflicto, del cual solo se presentan aquí algunos de los eventos que involucraron a los menores en las acciones armadas, se le pusieron puntos suspensivos mediante la firma de dos tratados encaminados al cese real de las hostilidades. El primero de ellos, firmado en la hacienda Neerlandia el 24 de octubre de 1902, que, realmente, fue solo un antecedente, ya que las hostilidades continuaron y fue necesaria la firma del tratado del Wisconsin, suscrito el 21 de noviembre del mismo año bajo la presión del gobierno de los Estados Unidos y de su presidente Theodore Roosevelt, quien defendía los intereses que tenía su país en el canal de Panamá. Dicho tratado fue firmado por los conservadores Víctor M. Salazar y Alfredo Vásquez Cobo y los liberales Lucas Caballero y Eusebio Morales, y ratificado por el conservador Nicolás Perdomo, ministro de gobierno, y el liberal Benjamín Herrera, director de la guerra en Cauca y Panamá.

Entre los puntos de acuerdo, el tratado del Wisconsin incluyó el restablecimiento del orden público, la libertad de los prisioneros de guerra de uno y otro bando, el cese del cobro de impuestos extraordinarios y de contribuciones de guerra, declaración de amnistía y suspensión de los juicios por causas políticas, así como jurisdicción ordinaria para los delitos comunes; convocatoria de elecciones para el Congreso, que habría de estudiar la cuestión del canal, las reformas presentadas por Marroquín en 1898 y la modificación del sistema monetario, derrumbado durante la guerra con emisiones incontroladas; la entrega de elementos de guerra por los revolucionarios, en especial el vapor Almirante Padilla; concesión de pasaportes y auxilios de marcha a los liberales que quisiesen salir del país; y devolución de banderas y espadas tomadas a oficiales del gobierno. (Credencial Historia, 1990)

A pesar de la amplitud de los temas contenidos en los acuerdos logrados, no se evidencia un punto en el cual se tome, siquiera tangencialmente, la situación de los niños, niñas y adolescentes, así como tampoco se incluye la situación de la mujer, grupos que quedarán marginados de todos los acuerdos, tal como lo venían siendo en cuanto actores del conflicto. Se evidencia así el desconocimiento que se tenía en ese tiempo de una efectiva protección de estas poblaciones altamente vulnerables, razón por la cual no se encuentra que se presentasen acciones y políticas públicas frente a la reinserción de dichos grupos a la vida civil.

El país entrará en uno de esos períodos de conflictividad aletargada en los cuales los enfrentamientos no se generalizan, sino que se zonifican y se convierten en lo que podría denominarse conflictos menores de orden local, enfrentamientos que no tuvieron una gran trascendencia pública, dada la magnitud de los conflictos acontecidos en las primeras épocas de la República. Puede decirse que:

Entre 1902 y 1948 la vida del país transcurrió en relativa calma. El país empezó un lento proceso de modernización industrial y financiero, acompañado del nacimiento de los movimientos agrarios en los años 20 y 30 del siglo XX. Los arrendatarios reclamaban mejores condiciones en sus contratos y el derecho a sembrar café en sus lotes, mientras que los indígenas reclamaban la devolución de sus tierras comunales. Al mismo tiempo, miles de campesinos en las regiones de frontera invadían las haciendas recién formadas, buscando reclamar las tierras públicas que habían perdido. (LeGrand, 1986)

Al comienzo de este período de paz aparente se crearon en Cundinamarca establecimientos para la atención de la infancia, los cuales no fueron otra cosa que antros en los cuales se violaban los derechos de los niños, ya que, dadas las condiciones económicas imperantes, se reunían en un solo centro a los indigentes, enajenados mentales y niños, además de mujeres que padecían enfermedades incurables. Como una prolongación del espíritu belicoso, que era parte de la construcción del pensamiento de la época, los niños, si bien eran educados en algunas disciplinas —como la lectura, la escritura, la doctrina cristiana y la aritmética—, recibían un trato encaminado a su formación como futuros combatientes:

Hemos podido ver con todo detalle lo que podrían llamarse ejercicios físicos que realizan los muchachos de la institución. Estos ejercicios eran puramente militares. Hacen manejo del fusil, movimientos de batallón, compañía y sección, todo esto al son de banda de trompetas y tambores. Los movimientos sin fusil son puramente preparatorios y se busca con ellos no un desarrollo científico del cuerpo del muchacho sino una preparación para convertirlos en soldados prematuros. Un ejercicio al que se da mucha importancia es el de lanzamiento de bombas de mano en las tres situaciones de pie, arrodillado y a tierra. (Vila, 2014, como se cita en Sánchez Salcedo, 2014, p. 83)

Dejando de lado esta situación aberrante en cuanto al tratamiento de los niños en condiciones de miseria absoluta, durante los primeros años del siglo XX debe hacerse referencia a otros eventos que sacudieron al país del letargo en que lo habían sumido las contiendas políticas entre liberales y conservadores y el lento despertar industrial que, aunque incipiente, comenzaba a desarrollarse en el territorio nacional. Uno de estos hitos fue la masacre de las

Bananeras, del año 1928, perpetuada por el ejército colombiano, siguiendo los mandatos expresos de la United Fruit Company, empresa norteamericana que tenía prácticamente el monopolio del cultivo del banano en la costa norte del país:

La masacre de las bananeras fue perpetuada por soldados del ejército colombiano, liderados por el General Cortés Vargas. Se llevó a cabo en la noche entre el 5 y 6 de diciembre de 1928 en Ciénaga, Magdalena. Las víctimas fueron los huelguistas, obreros de la United Fruit Company, el número de muertos no se conoce con exactitud, oficialmente se reconocieron nueve, pero existen versiones que mencionan cientos, incluso miles (Archila, 1999). Este evento, comúnmente denominado como el “bautizo de sangre” de la clase obrera colombiana requería de unas condiciones políticas, económicas y sociales para poder llegar a su fatídico desenlace. (Fontal Gironza & Bonilla Valencia, 2013, p. 43)

Entre estas causas pueden citarse el monopolio de la United Fruit Company en el cultivo del banano —empresa que ofrecía muy bajas condiciones salariales a los trabajadores del banano—, la influencia que ejercieron elementos anarquistas del recién creado Partido Comunista de Colombia y el enfrentamiento con otras naciones, principalmente Francia, por la concesión para la construcción del ferrocarril que penetrara el interior del país, concesión que estaba en manos de la empresa bananera; a lo anterior debe agregarse que, para reprimir la huelga de los trabajadores del banano, el gobierno envió al ejército y no a la policía.

Para no correr el riesgo de disgregar el tema propuesto, baste con decir que esta masacre no respetó la vida de mujeres, niños, niñas y adolescentes, dado que se disparó de manera indiscriminada sobre los trabajadores que se habían congregado en la estación del ferrocarril en el municipio de Ciénaga, departamento del Magdalena, ocasionando la muerte de un número no determinado de trabajadores y sus familias, el cual va desde el dato oficial de solo nueve muertos hasta cifras suministradas por diversos autores y que llegan hasta miles de muertos:

Los primeros comunicados recibidos en Bogotá daban cuenta de que los huelguistas, hasta ese momento pacíficos, manipulados por agitadores comunistas, habían emprendido una revolución de tipo bolchevique cuyo primer paso era la degollina de los directivos de la United Fruit y de sus familias, acto que debía ejecutarse el 6 de diciembre, lo que obligó a la pronta intervención del ejército. Los huelguistas, resueltos a llevar a cabo sus propósitos, enfrentaron la tropa que, a la orden dada por el general Carlos Cortés Vargas, disparó contra ellos, mató a varios, tomó el control de la zona y puso fin con éxito al movimiento subversivo. El Presidente de la república felicitó al general Cortés Vargas por haber salvado al país de la anarquía. / Hubo enorme confusión en las primeras versiones. Los despachos periodísticos hablaban en unos casos de “miles de muertos” y en otros de “unos pocos muertos y heridos”. La prensa liberal destacó el hecho de que se había disparado sobre obreros inermes que efectuaban una marcha pacífica compuesta por trabajadores, sus mujeres y sus niños, dato reconocido por el propio general Cortés Vargas, que justificó el abaleo en el supuesto de que los huelguistas habían puesto de mampara a las mujeres y a los niños en la creencia absoluta de que el ejército no se atrevería a dispararles y que así los obreros podrían llegar a salvo a los cuarteles de Ciénaga y apoderarse de ellos. (González Mora)

Sin dejar de reconocer la importancia que tuvo esta masacre en la historia de los conflictos en Colombia, lo importante, a la luz del tema tratado, es observar cómo se continúa irrespetando de manera permanente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al igual que los de las mujeres, los y las cuales son solo un elemento insignificante en los parámetros establecidos por los grupos confrontados en el transcurrir histórico del país.

Este irrespeto se hará más evidente en el período denominado de manera genérica como “la Violencia”, el cual, si bien es cierto, se venía gestando históricamente a través de toda la vida republicana nacional, entrará en un momento de efervescencia a partir del asesinato perpetrado en la humanidad de Jorge Eliecer Gaitán, quien fue candidato liberal a la presidencia de la República para el período 1950-1954 y quien fue baleado a la salida de su oficina, ubicada en la ciudad de Bogotá, el 9 de abril de 1948; a su muerte, el pueblo liberal se sublevó en un movimiento espontáneo denominado “el Bogotazo”, que fue realmente una asonada de grandes proporciones que se extendió a varias regiones del país, principalmente al departamento de Santander.

Con su muerte y la posterior reacción de las masas liberales, se dio inicio, de manera visible, a la confrontación de los partidos tradicionales en Colombia, confrontación que durará hasta la implementación del Frente Nacional, acuerdo concertado por los líderes de los dos partidos políticos tradicionales que implicaba una alternancia en el poder durante dieciséis años a fin de lograr dos objetivos fundamentales: el primero, la entrega del poder por parte de los militares, que estaban a cargo del Ejecutivo desde el 13 de junio de 1953, gracias a un golpe de Estado, o golpe de opinión, como se ha dado en llamarlo, ya que no se presentó una oposición real a la toma del poder; en segundo lugar, la atenuación de la confrontación armada entre los partidos para recuperar la estabilidad social, quebrantada por los múltiples conflictos que se presentaban en todo el país, principalmente en los Llanos y en las zonas rurales del Tolima y sus departamentos circunvecinos.

Esta violencia generalizada será el punto de partida para una nueva serie de confrontaciones entre grupos de colombianos, identificados unos como grupos alzados en armas; otros, como autodefensas, además de los denominados grupos armados organizados (GAOs). Estas confrontaciones modernas tampoco respetarán los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con lo cual se continuará, hasta el momento actual, con el reclutamiento ilegal y la vulneración permanente de los derechos de estos segmentos vulnerables de la sociedad.

## Conclusiones

Desde el momento mismo en que Colombia autoprocama su Independencia de España se comenzaron a estructurar conflictos entre grupos armados de colombianos, los cuales, a nombre del Estado o a nombre de intereses colectivos o particulares, entraron en confrontaciones armadas, sin que pueda pensarse, al menos durante casi todos los doscientos años de supuesta historia republicana, en una estructuración profesional de los ejércitos que reglamente, al menos de manera clara, la situación de los niños, niñas y adolescentes como grupos vulnerables que se verán inmersos en la guerra, al igual que las mujeres, puesto que serán utilizados no solo como colaboradores de los ejércitos contendientes, sino directamente como soldados partícipes de las acciones militares.

Esta desprotección ha sido endémica y a pesar de que, durante los últimos años, se ha establecido una edad de reclutamiento, al menos en los ejércitos estatales, se continúa poniendo a los menores de edad en condiciones de desventaja frente a su inclusión en los grupos combatientes.

Este primer recuento de la situación de los menores de edad en los conflictos armados plantea la necesidad de abordar la situación real de los grupos vulnerables en los conflictos armados colombianos, a fin de, si no terminar la guerra, al menos humanizarla bajo parámetros del respeto por los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A ellos no se les puede negar el sueño de una patria con oportunidades de progreso, lejana a los días de barbarie en que eran simples objetos sometidos a la voluntad de aquellos que hacen de la guerra un negocio para acrecentar sus intereses particulares.

## Referencias

- Arévalo, F. (2015, diciembre 27). La masacre de navidad que le propinó Bolívar a los pastusos. *Las 2 Orillas*. <https://www.las2orillas.co/la-masacre-de-navidad-que-le-propino-bolivar-a-los-pastusos/>.
- Colmenares, G. (1996). La ley y el orden social: fundamento profano y fundamento divino. *Boletín cultural y bibliográfico*, 27(22), 3-19. [https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/boletin\\_cultural/issue/view/86](https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/boletin_cultural/issue/view/86)
- Conte Jean, L. (1978). *Llegaron los cachacos (Recuerdos de la guerra civil de los mil días)*. Lithoimpresora.

Contreras Largo, C. (2019). Trabajo infantil y género. *Boletín encuentros América Latina y del Caribe*, 5-10.

Credencial Historia. (1990). Noviembre 21 de 1902, firma del tratado de Wisconsin y fin de la guerra de los mil días. *Credencial Historia*, (7). <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-7>.

Fontal Gironza, L. S. & Bonilla Valencia, S. (2013). Papeles preliminares para el análisis de dos *vehículos de la memoria* de la masacre de las bananeras de 1928. *Revista Cultura Investigativa*, (6), 39-51. <http://revistaci.blogspot.com/2013/01/papeles-preliminaeres-para-el-analisis.html>.

Jaramillo Castillo, C. E. (2000). Guerra de los mil días: reclutamientos, ascensos y deserciones. *Credencial Historia*, (121), 59-68. <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-121>.

LeGrand, C. (1986). *Frontier Expansion and Peasant Protest in Colombia: 1850-1936*. University of New Mexico Press. <https://www.amazon.com/Frontier-Expansion-Peasant-Colombia-1850-1936/dp/0826308511>

Martínez Carreño, A. (2000). Las capitanas de los mil días. participación de las mujeres en la guerra y apasionado testimonio de una de ellas. *Credencial Historia*, (121). <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-121>

Nelson Austin, H. G. (2003). *El papel de la mujer en la Guerra de los Mil Días*. Centro de Investigación y Docencia de Panamá.

Reina Rodríguez, C. A. (2012). Reclutamiento y vida cotidiana de niños y jóvenes en Colombia durante el siglo XIX: Aproximaciones generales. *Infancia Imágenes*, 1(2), 59-68. <https://revistas.udistrital.edu.co/index.php/infancias/article/view/5626/7156>

Sánchez Gómez, G. (2006). *Guerras, memoria e historia*. La Carreta. [http://iepri.unal.edu.co/fileadmin/user\\_upload/iepri\\_content/publicaciones/SANCHEZ\\_GONZALO\\_Guerras\\_\\_memoria\\_e\\_historia.pdf](http://iepri.unal.edu.co/fileadmin/user_upload/iepri_content/publicaciones/SANCHEZ_GONZALO_Guerras__memoria_e_historia.pdf)

Sánchez Salcedo, J. F. (2014). Los hospicios y asilos de la beneficencia de Cundinamarca entre 1917-1928: discursos y prácticas. *Sociedad y Economía*, (26), 65-92. [https://sociedadyeconomia.univalle.edu.co/index.php/sociedad\\_y\\_economia/article/view/3952/6054](https://sociedadyeconomia.univalle.edu.co/index.php/sociedad_y_economia/article/view/3952/6054)

Sañudo, J. R. (1925). *Estudios sobre la vida de Bolívar*. Editorial de Díaz Castillo y Cía. <http://repositorio.casadelacultura.gob.ec/handle/34000/1217>.

Esta obra es resultado de la convocatoria “Debates contemporáneos en derecho de familias, de infancias y de adolescencias. Desafíos y realidades” realizada por la Universidad Católica Luis Amigó. Consta de una serie de contribuciones de académicos y profesionales los cuales pretenden, desde una mirada interdisciplinar, ampliar el debate en el área de derecho de familias, infancia y adolescencia. Es así como el lector encontrará reflexiones en torno a la transformación en la relaciones afectivas entre las parejas en Colombia, el reconocimiento de derechos sucesorales a los hijos de crianza, el derecho probatorio en derecho de familia desde una perspectiva de género y la importancia de la formación ciudadana de los niños, niñas, adolescentes. Asimismo, el lector podrá profundizar en temas de relevancia social y ambiental como el drama de infancias migrantes, el conflicto armado y reclutamiento forzado, y el rol activo de los niños, niñas y adolescentes en la lucha contra el cambio climático y en la conservación de la Amazonía.