



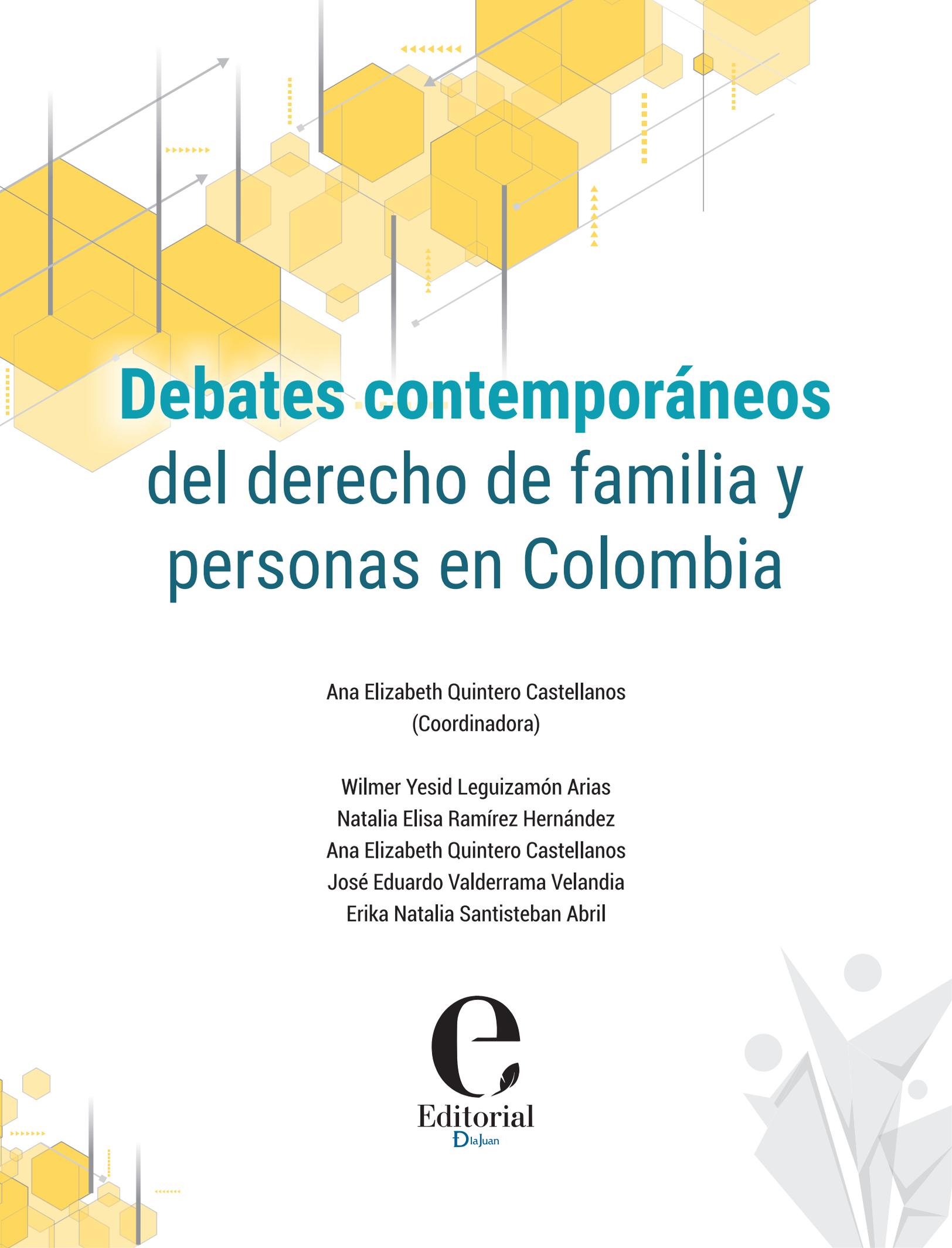
# DEBATES CONTEMPORÁNEOS del derecho de familia y personas en Colombia

Ana Elizabeth Quintero Castellanos  
(Coordinadora)

Wilmer Yesid Leguizamón Arias  
Natalia Elisa Ramírez Hernández  
Ana Elizabeth Quintero Castellanos  
José Eduardo Valderrama Velandia  
Erika Natalia Santisteban Abril



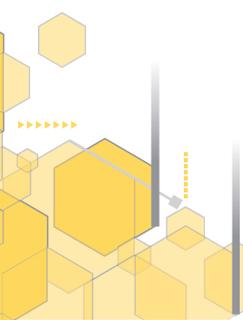
**e**  
Editorial  
DlaJuan



# Debates contemporáneos del derecho de familia y personas en Colombia

Ana Elizabeth Quintero Castellanos  
(Coordinadora)

Wilmer Yesid Leguizamón Arias  
Natalia Elisa Ramírez Hernández  
Ana Elizabeth Quintero Castellanos  
José Eduardo Valderrama Velandia  
Erika Natalia Santisteban Abril



**e**  
Editorial  
DlaJuan

Debates contemporáneos del derecho de familia y personas en Colombia / Wilmer Yesid Leguizamón Arias, Natalia Elisa Ramírez Hernández, Ana Elizabeth Quintero Castellanos, José Eduardo Valderrama Velandia, Erika Natalia Santisteban Abril. Tunja, Fundación Universitaria Juan de Castellanos

346.015  
D286

127 páginas: tamaño 21,5×28 cm

ISBN Digital: 978-958-8966-46-5

Fundación Universitaria Juan de Castellanos

**Rector**

Luis Enrique Pérez Ojeda, Pbro.

**Vicerrector Académico**

Oswaldo Martínez Mendoza, Pbro.

**Director General de Investigación e Innovación**

José Carvajal Sánchez, Pbro.

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales

DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465>

Primera edición, 2021

© Wilmer Yesid Leguizamón Arias  
Natalia Elisa Ramírez Hernández  
Ana Elizabeth Quintero Castellanos  
José Eduardo Valderrama Velandia  
Erika Natalia Santisteban Abril

© Editorial de la Juan  
Carrera 11 # 11-44, Tunja, Boyacá, Colombia  
PBX: (8)7458676 Ext. 1128  
[editor@jdc.edu.co](mailto:editor@jdc.edu.co)

**Preparación editorial**

**Coordinación editorial:**

Alejandra Castro Hernández

**Corrección de estilo y lectura de pruebas:**

Alfredo de Jesús Mendoza Escalante

**Diseño de carátula y diagramación**

Editorial JOTAMAR S.A.S.

Calle 57 No. 3 - 39.

Tunja - Boyacá - Colombia

Publicado en Colombia - Published in Colombia

Libro resultado de investigación



Material publicado de acuerdo con los términos de la licencia Creative Commons AttributionNonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0). Usted es libre de copiar o redistribuir el material en cualquier medio o formato, siempre y cuando dé los créditos apropiadamente, no lo haga con fines comerciales y no realice obras derivadas



# Tabla de Contenido

<b>Introducción</b> .....	5
<b>Capítulo I. Nuevas paternidades y transformaciones del derecho de familia en Colombia</b> .....	10
<i>Natalia Elisa Ramírez-Hernández, Wilmer Yesid Leguizamón- Arias</i>	
Introducción .....	11
Las luchas por la equidad de género: una mirada desde las nuevas paternidades.....	12
<i>La re-significación de la paternidad</i> .....	16
<i>Las transformaciones de los roles de género y las nuevas paternidades</i> .....	19
Las nuevas paternidades y la transformación del derecho de familia.....	20
<i>Las familias de crianza</i> .....	21
<i>La familia monoparental</i> .....	22
<i>La adopción homoparental</i> .....	26
Aspectos pendientes .....	29
Referencias .....	32
<b>Capítulo II. El inicio de la persona humana. Una nueva visión en el ordenamiento jurídico colombiano del siglo XXI</b> .....	36
<i>Ana Elizabeth Quintero-Castellanos</i>	
Introducción .....	37
El concepto del <i>nasciturus</i> y su naturaleza jurídica.....	37
<i>El concepto del nasciturus</i> .....	37
<i>La naturaleza jurídica de la protección al nasciturus</i> .....	40
La protección del <i>nasciturus</i> en Colombia.....	43
<i>La protección constitucional del nasciturus</i> .....	43
<i>La protección legal del nasciturus en materia civil</i> .....	46
El concepto de la persona humana y su protección .....	49
<i>El concepto de la persona humana</i> .....	49
<i>La protección de la persona humana</i> .....	51
<i>La necesidad de un nuevo concepto jurídico de la persona humana</i> .....	54
Referencias.....	56

**Capítulo III. El derecho a ser intentado: descorriendo las fronteras entre la vida y la muerte**..... 59

*Wilmer Yesid Leguizamón-Arias, Erika Natalia Santisteban-Abril*

Introducción ..... 60

Un breve recorrido histórico por el mundo de la cirugía y la medicina crítica ..... 61

*La muerte encefálica y sus debates jurídicos en el contexto colombiano*.... 64

Algunos antecedentes del derecho a ser intentado ..... 68

El cambio de precedente y el reconocimiento del "derecho a ser intentado" más allá de las enfermedades terminales ..... 70

Implicaciones del "derecho a ser intentado" en la extinción de la personalidad: debates y perspectivas ..... 74

Referencia ..... 77

**Capítulo IV. Relaciones de consumo con los niños, niñas y adolescentes**..... 79

*José Eduardo Valderrama-Velandia*

Introducción ..... 80

La ciudadanía primaverál en la relación de consumo ..... 81

El interés superior del niño sumergido en la relación del consumo..... 87

¿Se ha definido al consumidor teniendo en cuenta a los niños ..... 91

La legislación colombiana de protección al consumidor..... 95

Las prospectivas para los niños, niñas y adolescentes en las sociedades de consumo..... 100

Referencias..... 103

**Capítulo V. Derechos a la intimidad en Internet de los niños, niñas y adolescentes en Colombia**..... 106

*Ana Elizabeth Quintero-Castellanos*

Introducción ..... 107

El concepto de niño, niña y adolescente..... 108

La protección constitucional reforzada de los derechos del niño..... 110

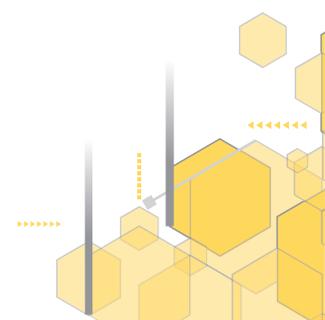
El derecho a la intimidad en Internet de los niños, niñas y adolescentes..... 115

*El concepto del derecho a la intimidad* ..... 115

*El derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes*..... 116

Estudio jurisprudencial de algunos casos paradigmáticos relacionados con el derecho a la intimidad en Internet de los menores ..... 118

Referencias..... 125





# Introducción

Las transformaciones socioculturales impulsan *per se* la innovación de los ordenamientos jurídicos. Este es el caso del Código Civil colombiano, que representa uno de los corpus normativos más antiguos y tradicionales dentro de la codificación *ius privatista* colombiana. Sin embargo, ha tenido que someterse a nuevas adaptaciones e interpretaciones, coherentes con el contexto de la sociedad contemporánea.

Estas adaptaciones son inacabadas, puesto que los cambios tecnológicos, culturales y sociales plantean nuevos debates jurídicos y bioéticos, que ponen en evidencia el anquilosamiento de algunas instituciones civilistas en el contexto colombiano. Esto no quiere decir que la historia del Código Civil pueda calificarse como estática. Por el contrario, desde sus orígenes, el formalismo jurídico colombiano, configurado a lo largo del siglo XIX y XX, fue el resultado de lo que López Medina (2013) denomina como “la recepción de tres trasplantes *ius teóricos*” (p. 130), que incluye, en primer lugar, el “*Code Napoléon*” y la teoría formalista impresa en este; en segundo lugar, “el trasplante de los métodos romanistas y privatistas alemanes del siglo XIX” (López Medina, 2013, p. 130); y, en tercer lugar, la recepción del positivismo normativista Kelseniano durante el siglo XX. Posteriormente, el derecho colombiano recibió la influencia de las tendencias anti-formalistas, hasta llegar a la constitucionalización y judicialización del derecho. De suerte que la historia del derecho civil colombiano ha sido bastante dinámica durante los siglos XIX y XX, pero los cambios sociales marcados por la posmodernidad proponen nuevos escenarios de crisis para algunas instituciones del derecho civil en lo que falta del siglo XXI.

En ese camino, la obra titulada “*Debates contemporáneos del derecho de familia y personas*” interpela por la adecuación del derecho civil de personas y de familia a la mutación de las estructuras socioculturales en la posmodernidad, así como a los avances científicos y tecnológicos que pueden significar un giro en paradigmas que hasta ahora se consideraban infranqueables para el derecho. Se precisa que, el presente documento se refiere a los temas relacionados con la familia y personas en la jurisdicción ordinaria civil y no comprende las reglas especiales propias de las jurisdicciones de los pueblos indígenas, comunidades Rom ni las comunidades afrocolombianas. En este



sentido, el objetivo es determinar la influencia de las transformaciones sociales y culturales (incluidos los avances científicos y tecnológicos) en el derecho de familia y personas colombiano.

Para tal fin, el estudio de la relación entre la evolución social, cultural, tecnológica y científica, y su eventual influencia en las mutaciones del derecho de familia y personas, está delimitado a partir de los siguientes interrogantes: ¿cuál es la influencia de los cambios de roles de género y nuevas paternidades en el derecho de familia colombiano? A partir de los nuevos conocimientos científicos, ¿debe variarse el concepto de persona humana?, ¿cómo pueden influir los nuevos tratamientos experimentales en la noción tradicional de fin de la personalidad?, ¿en qué se ven afectados los derechos de los niños con tanta información contradictoria o negativa diseminada por los medios masivos de comunicación? Y, por último, en la actualidad ¿el infante puede ser considerado consumidor?

En términos metodológicos, los capítulos son el resultado de proyectos de investigación con enfoque cualitativo, cuyo marco de interpretación tiene en consideración el concepto de patrón cultural, "que parte de la premisa de que toda cultura o sistema social tiene un modo único para entender situaciones y eventos" (Hernández Sampieri, 2010, p. 10). El alcance del método es explicativo y analítico, puesto que, en cierta medida, se busca explicar los lazos existentes entre el cambio social y la innovación jurídica. Lo anterior, sin perjuicio de algunas especificidades metodológicas inmersas en cada uno de los capítulos.

Para dar alcance a los objetivos planteados, la obra *"Debates contemporáneos del derecho de familia y personas en Colombia"* está estructurada en cinco capítulos, a saber: *"Nuevas paternidades y transformaciones del derecho de familia en Colombia"*, *"El inicio de la persona humana. Una nueva visión en el ordenamiento jurídico colombiano del siglo XXI"*, *"El derecho a ser intentado: recorriendo las fronteras entre la vida y la muerte"*, *"Relaciones de consumo con los niños, niñas y adolescentes"*, y, finalmente, se estudian los *"Derechos a la intimidad en Internet de los niños, niñas y adolescentes en Colombia"*.

En el capítulo primero, dedicado al estudio de las *Nuevas paternidades y las transformaciones del derecho de familia en Colombia*, se analizan las tensiones que frecuentemente se presentan en el derecho de familia, muchas de ellas causadas por la desactualización del Código Civil y el



consecuente antagonismo entre el principio de legalidad y los principios de solidaridad, pluralismo, igualdad y dignidad humana. Asimismo, se tratan las transformaciones originadas en las relaciones de afecto y el fenómeno de las nuevas paternidades. Es de resaltar que, a pesar de ser incipiente, es significativo en la modificación de los paradigmas del derecho de familia colombiano, influenciados por los imaginarios y representaciones sociales de la paternidad.

En el capítulo segundo, se investiga el concepto de la persona humana, su inicio, el régimen de protección del que está por nacer y sus derechos, tomando como fundamento el Código Civil, Ley 153 de 1887, artículos 74, 90 y 93. Pero se plantea la necesidad en el siglo XXI, como consecuencia del avance de la ciencia y la técnica, además de la expedición de algunos preceptos, como el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, en sus artículos 53 y 54 y la jurisprudencia de las Altas Cortes en relación con estas temáticas, la necesidad de replantear el concepto tradicional de persona, su inicio y protección, para actualizarlo al nuevo orden jurídico existente a partir de la Constitución Política de 1991.

Posteriormente, el capítulo tercero está dedicado al estudio de la regulación jurídica del fin de la personalidad, pero desde una nueva perspectiva que cuestiona la noción tradicional de fin de la existencia de las personas naturales contenido en el artículo 94 del Código Civil.

En efecto, a partir de la evolución de la ciencia médica, se han presentado importantes cambios en relación con la idea tradicional de muerte, lo que ha abierto interminables debates jurídicos, bioéticos, morales y filosóficos (por mencionar algunos) respecto a su definición, alcance y eventuales consecuencias. Sin haber agotado estas discusiones, se están abriendo nuevos escenarios respecto a lo que hasta hoy se conoce como la extinción de la personalidad, a partir de la revolución científica que se pueda dar con la implementación del "derecho a intentar", esto es, el derecho que tienen los pacientes con enfermedades terminales para que se les apliquen tratamientos en etapa experimental, cuando así lo soliciten.

En el capítulo cuarto, cuyo título es *Relaciones de consumo con los niños, niñas y adolescentes*, se hace un análisis de las normas sobre el Derecho del consumo, es necesario hacer una adecuada lectura acompañada de ciencias como la económica y la sociología, obteniendo planteamientos vastos ante



la protección de los niños, niñas y adolescentes en un mercado del consumo. No es suficiente abordar el tema desde la órbita legal, sino que además se hace necesario abordarlo desde ámbitos económicos, sociales y educativos, lo que lleva a un tratamiento interdisciplinar del tema. En este acápite, se analiza la legislación colombiana en materia de protección de los menores de edad, en el mercado de consumo, que impone reconocerles como agente determinante del consumo, mostrando el interés superior del niño como derrotero ontológico de interpretación en relación con la protección del niño, niña y adolescente.

Con un método holístico, se emplearon categorías y conceptos originarios de la psicología, sociología, economía y el mercadeo. Con el desarrollo de estas ideas en el derecho de consumo, en forma interdisciplinar, se enriquece con la síntesis comparativa del Derecho, con el fin de evaluar la legislación colombiana, especialmente en la protección de los niños, niñas y adolescentes en el escenario del consumo de bienes y servicios.

Finalmente, en el capítulo quinto, titulado *El derecho a la intimidad en Internet de los niños, niñas y adolescentes en Colombia*, se plantea frente al avance de la ciencia y la tecnología en el siglo XXI, la necesidad de actualizar la normativa del Código Civil expedido en el siglo XIX, debido a que resulta insuficiente y anticuada en temas relacionados con la regulación de los derechos de los niños en Internet y su protección, ya que en esa época el legislador no podía visualizar el avance e implicaciones que tiene en el siglo XXI los adelantos tecnológicos y científicos, como sucede con Internet. Actualmente, las redes sociales y los correos electrónicos son parte de la vida cotidiana de las personas, incluso de los menores de edad. Estos son empleados no solo con fines de entretenimiento, sino también educativos, en especial, en épocas como la que atraviesa la humanidad con la pandemia del Covid-19. En este acápite, se precisan los siguientes aspectos: el concepto de niño, niña y adolescente, la protección constitucional reforzada de los derechos del niño, niña y adolescente, y el derecho a la intimidad en Internet de los menores de edad, para terminar con una sugerencia respetuosa sobre el tema.

De esta manera, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, extiende una cordial invitación a toda la comunidad académica para que conozca, de primera mano, las discusiones propuestas en la obra *Debates contemporáneos del derecho de familia y personas*.



## Referencias

Hernández Sampieri, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V.

López Medina, D. (2013). *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Editorial Legis.



# Capítulo I

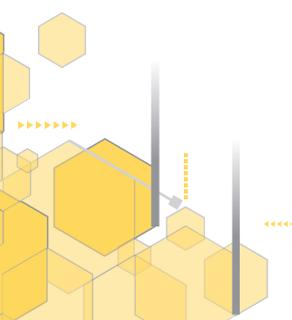
## Nuevas paternidades y transformaciones del derecho de familia en Colombia

Natalia Elisa Ramírez-Hernández<sup>1</sup>  
Wilmer Yesid Leguizamón- Arias<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Magíster en Derechos Humanos, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC; Magíster (C) en Filosofía, Universidad Nacional de Quilmes (Argentina); Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses, Universidad Católica de Colombia; Abogada, Universidad Santo Tomás; Investigadora adscrita al grupo de investigación Primo Levi y al grupo de investigación Salud San Rafael de la ESE Hospital Universitario San Rafael de Tunja. Contacto: nramirezhernandez@uvq.edu.ar, nataliaramirezabogada@gmail.com

<sup>2</sup> Docente investigador adscrito al grupo de investigación Hugo Grocio, Fundación Universitaria Juan de Castellanos; Doctorando en Derecho Público, Universidad Santo Tomás; Magíster en Derecho, Universidad Nacional de Colombia; Abogado, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Contacto: wyleguizamon@jdc.edu.co, wilmesid@gmail.com

\* DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465.01>





# Introducción

En cierta medida, el anquilosamiento del Código Civil ha generado permanentes tensiones entre el principio de legalidad y los principios de solidaridad, pluralismo, igualdad y dignidad humana, en diferentes instituciones del derecho de familia. Este fenómeno obedece, en parte, a la fuerza de los imaginarios y representaciones sociales de la paternidad, dentro de las cuales la nueva paternidad, como neologismo, resulta aún precaria en relación con la paternidad tradicional. Sin embargo, es pertinente hacer una exploración del papel de las nuevas paternidades y su relativa influencia en algunas transformaciones del derecho de familia, para entender sus implicaciones en la reconfiguración de roles, familias y, sobre todo, en la lucha por la erradicación de las desigualdades de género que debe empezar en casa.

Las transformaciones del derecho de familia en Colombia se han presentado en torno a las tres relaciones jurídicas patrimoniales que la conforman: la relación matrimonial, la paterno-filial y la tutelar, impulsadas por la constitucionalización del derecho de familia a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991. Ante la ausencia de un concepto expreso de familia en el Código Civil, la Constitución de 1991 la definió como “núcleo fundamental de la sociedad” (Art. 42, Inciso 1°), que se constituye “por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o por la voluntad responsable de conformarla” (Art. 42), cuyas relaciones familiares estarán basadas en la igualdad de derechos y deberes de la pareja, y el respeto de todos sus miembros.

Al abrigo de la Constitución de 1991, se impulsó el reconocimiento de igualdad de derechos entre las uniones maritales de hecho reconocidas por la Ley 54 de 1990 y el matrimonio, se redefinieron algunas reglas respecto a los efectos civiles del matrimonio católico (Ley 25 de 1992), se brindó especial protección a la mujer cabeza de familia (Ley 82 de 1993, Ley 1232 de 2008), se reguló la afectación a la vivienda familiar y el patrimonio familiar inembargable (Ley 294 de 1996, Ley 495 de 1999, Ley 861 de 2003), se establecieron medidas para la progenitura responsable (Ley 1412 de 2010) y se amplió y reforzó el sistema de protección de sistema de bienestar familiar, así como regulaciones para prevenir, restablecer derechos y sancionar casos de violencia intrafamiliar, entre otras.





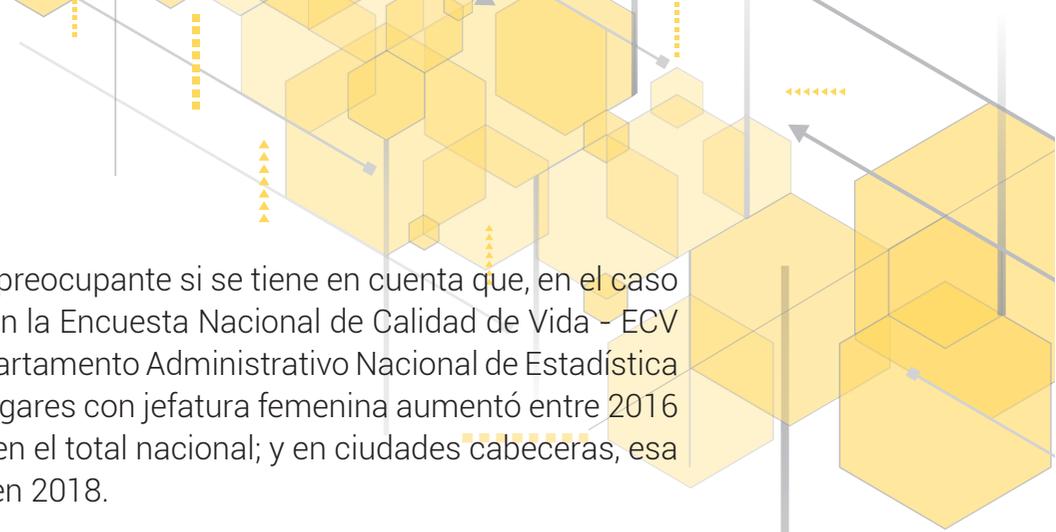
públicas, entre ellas, las políticas de género, a través de tres enfoques: de igualdad ante la ley, de acción positiva y de transversalización de género (Astelarra, 2005).

En el contexto de la Constitución de 1991, las políticas públicas en materia de equidad de género han presentado diferentes enfoques y perspectivas. Muchas de ellas se han centrado en el componente legislativo mediante la eliminación de legislaciones discriminatorias, "seguida de una legislación a favor de la equidad por medio de leyes de igualdad integrales o específicas para los distintos problemas de la discriminación: violencia doméstica, leyes laborales, leyes de conciliación de la vida familiar y laboral" (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2017, p. 17).

No obstante, este tipo de medidas son insuficientes, porque persisten problemas sociales estructurales, vinculados al mantenimiento del orden de género o relaciones de poder dentro y fuera de las familias, que impiden romper con los roles y estereotipos de género tradicionales. Si bien es cierto que se ha avanzado en la inclusión de la mujer en algunas esferas del mundo público y en la implementación de acciones afirmativas y de no discriminación, es también cierto que esto no ha implicado aún que las mujeres dejen sus responsabilidades en el ámbito privado y la consecuente transformación de su rol al interior de sus hogares (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2017, p. 17). Como lo explica el informe "Planes de igualdad de género en América Latina y el Caribe" de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2017),

(...) la mayor presencia de mujeres en el ámbito público (político, económico, social y cultural) no conlleva una transformación de la organización social basada en la discriminación, y, en la medida en que el orden de género no se cambia, el pasaje de las mujeres de la esfera privada a la esfera pública sigue marcado por el peso de las relaciones de poder signadas por el género. No es, solo cuestión de garantizar la igualdad en accesos básicos (por ejemplo, la educación), pues las desigualdades de género están enquistadas en relaciones de poder desde el ámbito de la política hasta el doméstico (p. 18).

Desde este punto de vista, los fracasos de las políticas públicas en la transformación de organizaciones sociales desiguales, se manifiestan en cifras lapidarias. En Latinoamérica, entre el año 2016 y 2017, la mayor incidencia de pobreza extrema se presentó en los hogares monoparentales con jefatura femenina (Comisión Económica para América Latina y el Caribe,

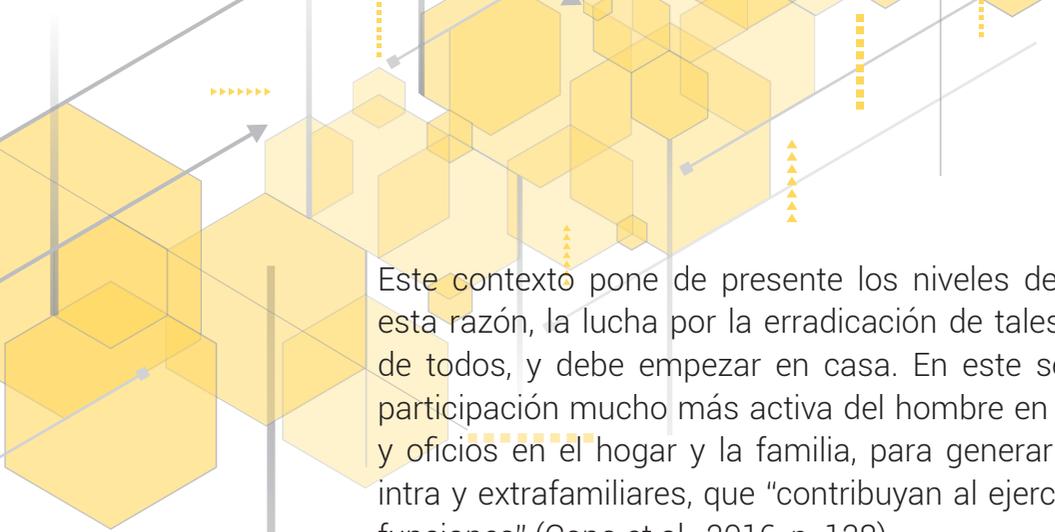


2018, p. 101). Esta cifra es preocupante si se tiene en cuenta que, en el caso colombiano, de acuerdo con la Encuesta Nacional de Calidad de Vida - ECV (2018), realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), el porcentaje de hogares con jefatura femenina aumentó entre 2016 y 2018, del 34,8% al 36,9% en el total nacional; y en ciudades cabeceras, esa proporción creció a 39,9% en 2018.

Si bien es cierto que se ha registrado un incremento en la participación laboral de la mujer colombiana (Ministerio de Salud-ENDS, 2015); también lo es el hecho de que se ha presentado un incremento en el número de horas dedicadas al trabajo doméstico y trabajo no remunerado. Según la Cuenta Satélite de Economía del Cuidado - CSEC (2017), el número de horas dedicadas al trabajo doméstico y de cuidado no remunerado (TDCNR), corresponde a 36.508.827 horas, de las cuales el 35,2% correspondió al tiempo dedicado al suministro de alimentos, y el 17,0% a cuidado y apoyo de personas. De acuerdo con las proyecciones demográficas en el año 2017, el 78,4% de la población dedicada a estas tareas fueron mujeres y solo el 21,6% restante fueron hombres.

Según la Cuenta Satélite de Economía del Cuidado - CSEC (D.A.N.E., CSEC, 2017), en las horas anuales dedicadas a la economía del cuidado en población igual o mayor a 10 años, las mujeres aportaron el 78,4%, mientras que los hombres sólo el 21,6% de las horas anuales dedicadas a la economía del cuidado. El mayor aporte de los hombres fue a la limpieza y mantenimiento del hogar con 2.355.115 horas anuales, seguida del suministro de alimentos con 1.675.782 horas anuales, compras y administración del hogar con 1.724.584 y el cuidado y apoyo de personas con 1.479.043 horas anuales. En los hogares nucleares con hijos, los varones aportan el 20,1% al cuidado y apoyo de personas; en las familias monoparentales (hombre con hijos), un 6,7%; en las familias extensas, un 20,8%; y, finalmente, en las familias compuestas un 19,7%.

Perolosresultadosde la encuesta también ponen derelieve que la participación de los hombres en trabajos domésticos y trabajo no remunerado, crece a medida que aumenta el estrato socioeconómico del hogar. Para el año 2017, en los estratos 1 y 2, los hombres aportaron el 20,8% de las horas anuales, mientras que en los estratos 5 y 6, la participación aumentó al 27,1%. Estas cifras son bajas, pero si se comparan con las cifras del año 2012, evidencian un aumento en los porcentajes de participación de los hombres en el cuidado de personas en el hogar.



Este contexto pone de presente los niveles de inequidad de género, por esta razón, la lucha por la erradicación de tales inequidades es una tarea de todos, y debe empezar en casa. En este sentido, se requiere de una participación mucho más activa del hombre en la reconfiguración de roles y oficios en el hogar y la familia, para generar cambios intersubjetivos e intra y extrafamiliares, que "contribuyan al ejercicio y al significado de sus funciones" (Cano et al., 2016, p. 128).

La familia es una de las instituciones sociales y jurídicas más dinámicas que están integradas mayoritaria, pero no exclusivamente, por lazos de consanguinidad (Therborn, 2007), regulada por el derecho "para imponer a sus miembros –cónyuges, hijos– deberes y derechos para el cumplimiento de sus funciones." (Monroy Cabra, 2012, p. 16). Por tales motivos, la familia puede nacer de la relación de pareja, la existencia de vínculos filiales o la decisión libre de conformar una unidad familiar (Corte Constitucional, Sentencia C-107 de 2017).

Actualmente, la tipología familiar ha mostrado cambios trascendentales modificando los roles de sus miembros, puesto que tales roles se definen cultural y socialmente (Membrillo, 2004), de suerte que es la dinámica social la que determina si se mantienen o se cambian determinados roles familiares. Estos cambios se deben, en gran medida, a la transformación del esquema único de convivencia matrimonial y a los nuevos roles asumidos por la mujer en la sociedad. En palabras de Alberai (2004), "se contempla un panorama de múltiples opciones, por las que optan en función de los estilos de vida, creencias e intereses de cada uno o según los periodos o las etapas de su vida" (p. 231).

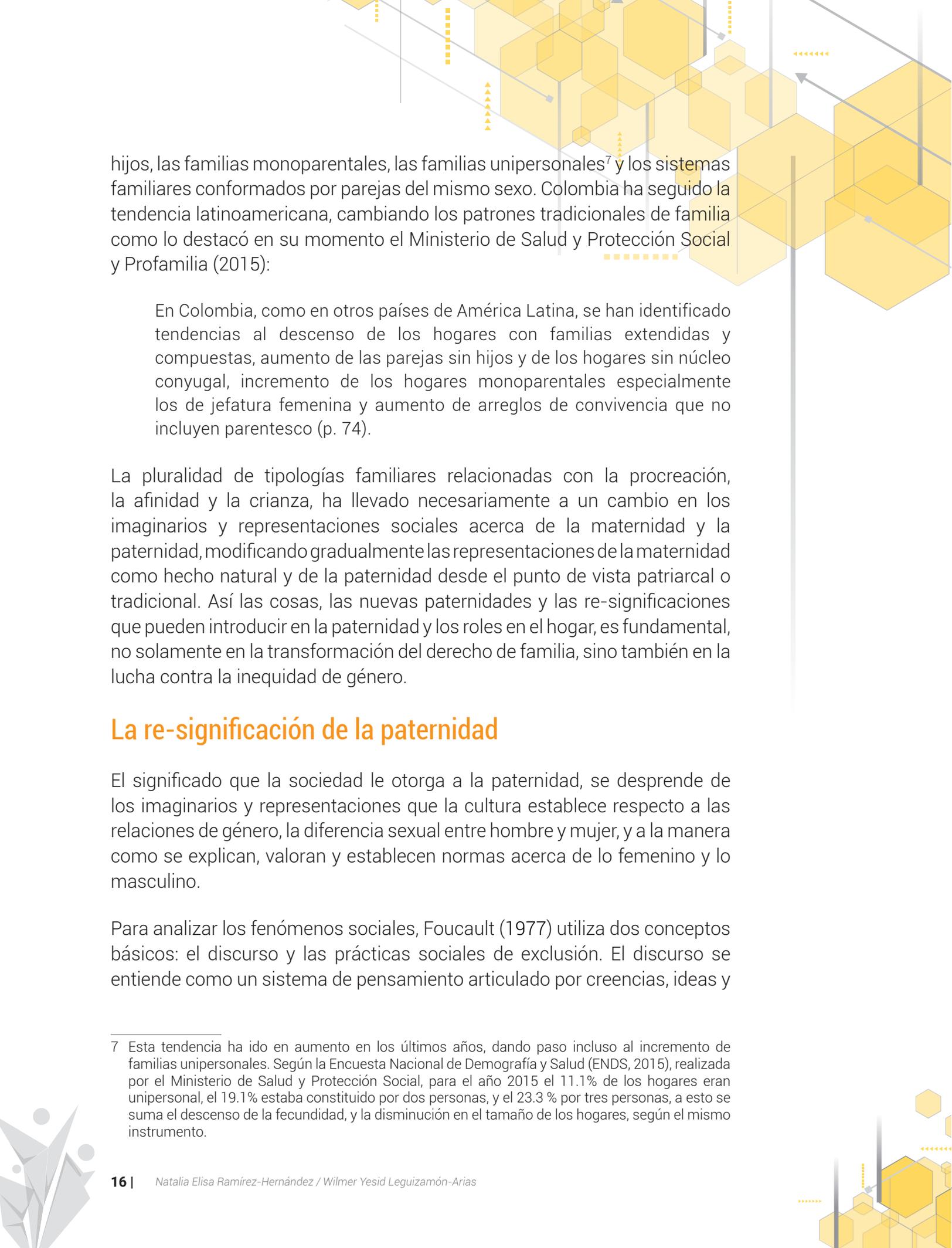
Las sociedades contemporáneas tienden a abandonar el patrón exclusivo de familia nuclear,<sup>3</sup> para dar paso a nuevos esquemas familiares como la familia extensa<sup>4</sup>, la familia compuesta<sup>5</sup>, la familia reconstituida<sup>6</sup>, la pareja sin

3 Los hogares nucleares completos son aquellos en los que están presentes ambos padres y los hijos; incompletos en los que falta uno de ellos, pero están presentes los hijos (Profamilia, 2010).

4 La familia extensa es aquella donde está el jefe solo con otros parientes diferentes a cónyuge e hijos solteros (Profamilia, 2010).

5 La familia compuesta donde están otros parientes o no parientes (Profamilia, 2010).

6 La familia reconstituida es aquella en la cual uno o ambos miembros de la actual pareja tiene uno o varios hijos de uniones anteriores (Profamilia, 2010).



hijos, las familias monoparentales, las familias unipersonales<sup>7</sup> y los sistemas familiares conformados por parejas del mismo sexo. Colombia ha seguido la tendencia latinoamericana, cambiando los patrones tradicionales de familia como lo destacó en su momento el Ministerio de Salud y Protección Social y Profamilia (2015):

En Colombia, como en otros países de América Latina, se han identificado tendencias al descenso de los hogares con familias extendidas y compuestas, aumento de las parejas sin hijos y de los hogares sin núcleo conyugal, incremento de los hogares monoparentales especialmente los de jefatura femenina y aumento de arreglos de convivencia que no incluyen parentesco (p. 74).

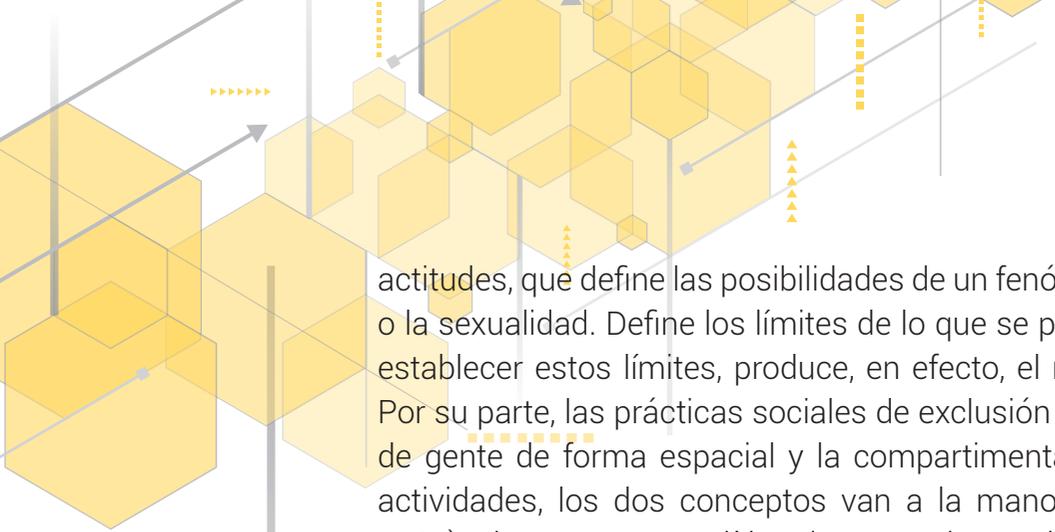
La pluralidad de tipologías familiares relacionadas con la procreación, la afinidad y la crianza, ha llevado necesariamente a un cambio en los imaginarios y representaciones sociales acerca de la maternidad y la paternidad, modificando gradualmente las representaciones de la maternidad como hecho natural y de la paternidad desde el punto de vista patriarcal o tradicional. Así las cosas, las nuevas paternidades y las re-significaciones que pueden introducir en la paternidad y los roles en el hogar, es fundamental, no solamente en la transformación del derecho de familia, sino también en la lucha contra la inequidad de género.

## La re-significación de la paternidad

El significado que la sociedad le otorga a la paternidad, se desprende de los imaginarios y representaciones que la cultura establece respecto a las relaciones de género, la diferencia sexual entre hombre y mujer, y a la manera como se explican, valoran y establecen normas acerca de lo femenino y lo masculino.

Para analizar los fenómenos sociales, Foucault (1977) utiliza dos conceptos básicos: el discurso y las prácticas sociales de exclusión. El discurso se entiende como un sistema de pensamiento articulado por creencias, ideas y

<sup>7</sup> Esta tendencia ha ido en aumento en los últimos años, dando paso incluso al incremento de familias unipersonales. Según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS, 2015), realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para el año 2015 el 11.1% de los hogares eran unipersonal, el 19.1% estaba constituido por dos personas, y el 23.3 % por tres personas, a esto se suma el descenso de la fecundidad, y la disminución en el tamaño de los hogares, según el mismo instrumento.



actitudes, que define las posibilidades de un fenómeno dado, como la locura o la sexualidad. Define los límites de lo que se puede decir con sentido y al establecer estos límites, produce, en efecto, el mismo objeto que estudia. Por su parte, las prácticas sociales de exclusión consisten en la separación de gente de forma espacial y la compartimentalización<sup>8</sup> temporal de sus actividades, los dos conceptos van a la mano en su ejercicio (McNabb, 2012). El constructo analítico de Foucault permite abordar el fenómeno del poder desde diferentes aristas. Desde la normalidad, el sujeto es también un constructor de dispositivos como la familia, escuela, fábrica, cárcel, sexualidad, ejército, etc. Construcción que se encuentra atravesada por dispositivos discursivos con pretensiones de verdad y soportado en saberes con estatus de poder que se traducen en prácticas discursivas específicas que son irrigadas por todo el tejido social (McNabb, 2012). En pocas palabras, es la sociedad por medio del poder la que dota de contenido esos discursos y, bajo la óptica de la normalidad, ejerce imposiciones sociales para lograr reconocernos y ser reconocidos como normales dentro de las jerarquías sociales fundadas en la normalidad.

La sexualidad, por su parte, constituye un terreno excepcional, porque en principio tiene que ver con la órbita privada o el cuerpo individual del sujeto, pero también con fenómenos globales como la natalidad o las enfermedades de transmisión sexual. Así las cosas, los patrones normales de sexualidad pueden ser quebrantados en dos formas: por una parte, alejándose de las conductas sexuales estereotipadas consideradas como válidas o reglamentarias por el resto de la sociedad; o no siguiendo la dinámica del resto de la población en lo que refiere a la formación de una familia (Gil, 2011).

Todo este discurso Foucaultiano nos lleva a entender que la sexualidad también es normal o anormal bajo criterios sociales estereotipados, sin los cuales se da lugar a la anormalidad y con ello a las prácticas sociales de exclusión. Es por ello que, los roles de género resultan tan relevantes a la hora de hablar de paternidad.

---

<sup>8</sup> Separar a unos sujetos de otros, los leprosos en el medievo, poner los “locos” en asilos, los pabellones de los enfermos, el encierro de los delincuentes y el manejo temporal de sus actividades, las jerarquías del ejército, etc. Estas prácticas que detalla a lo largo de su obra, encajan con discursos científicos para formar un dispositivo muy potente de producción y control de la subjetividad



Al respecto, Lamas (1996) considera que el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y, al mismo tiempo, una forma primaria de relaciones significativas de poder. De acuerdo con este concepto, los roles paternos y maternos normales basados en la diversidad sexual, obedecen a patrones culturales propios de cada sociedad en particular, los cuales se tienden a modificar progresivamente de acuerdo a la reestructuración social de los sistemas de valores.

En Colombia, tradicionalmente, las significaciones referidas a la mujer se constituyeron bajo la idea de feminidad; y, culturalmente, en razón a esa feminidad, se ha construido el significado de la mujer madre, según la cual la realización del universo femenino es la maternidad (Puyana y Mosquera, 2005). En contraste, la masculinidad se veía reafirmada cuando el varón tenía hijos. Bajo esta premisa, se construyó la idea de padre trabajador estricto y autoritario (Faur, 2004).

Las representaciones sociales dominantes en nuestra cultura advierten una definición de mujer vinculada muy estrechamente con su rol de madre. Mientras que la definición de hombre se relaciona con la función de proveedor; todo, en el marco de la familia nuclear biparental. Este modelo de aparente funcionalidad se desarrolló en la legislación sobre familia, en las políticas del Estado, en la reglamentación del mercado de trabajo y en variados dispositivos ideológicos que conforman el imaginario simbólico de la sociedad (Faur, 2004).

En América Latina, se han presentado importantes variaciones en los imaginarios y representaciones tanto de paternidad como de maternidad, en especial a partir de los años 70 con el aumento en el estudio sobre masculinidades y una vertiente crítica que indaga por las formas en que la socialización patriarcal de los hombres incide en las formas de función paterna (Ramírez, 2016).

Los cambios en los imaginarios y representaciones de paternidad y maternidad no fueron ajenos al territorio colombiano, y rompieron –al menos parcialmente– con la concepción muy generalizada y naturalizada de la mujer madre y el padre proveedor, dando paso a nuevas tipologías de paternidad. Por lo tanto, no es posible hablar de un concepto unánime de maternidad o paternidad, sino apenas hacer una aproximación a los mismos teniendo como fundamento la investigación social.



Los estudios de género realizados por Puyana y Mosquera (2005), ofrecen un acercamiento importante a las tendencias más representativas de paternidad urbana en nuestro país: en primer lugar, el padre de *tendencia tradicional* basa su paternidad en la protección y responsabilidad de proveer, obedece a la representación social del hombre protector y representante de su familia con lo cual fortalece su masculinidad; en segundo lugar, se encuentran los padres de la *tendencia de transición*, estos padres construyen una paternidad basada en el afecto y participan activamente en la crianza de sus hijos desde el nacimiento, superando así la distancia afectiva de los padres de la tendencia tradicional.

Finalmente, la literatura identifica a los *padres innovadores*, quienes están en contacto permanente con sus hijos, rompen con el paradigma del hombre hosco y trabajador; y, por el contrario, son afectuosos, participan activamente en la crianza y avanzan en la búsqueda de una nueva forma de ser padres e incluso asumen la paternidad desde el momento mismo del embarazo (Puyana y Mosquera, 2005).

## Las transformaciones de los roles de género y las nuevas paternidades

No son pocos los estudios que evidencian cambios trascendentes en los patrones tradicionales de paternidad asociados a la cultura (Fuller, 2000; Olavarria, 2001; Astudillo, 2004). En ellos, muchos de los varones entrevistados describieron la paternidad como la etapa más importante de su vida. Los resultados también muestran cambios en la forma de ejercer la paternidad, que varía según el sector social de pertenencia y en los rasgos que definen la identidad masculina con relación a la paternidad.

La nueva identidad masculina se encuentra supeditada a la transformación de la sociedad moderna y sus efectos en la cultura, los cambios en las identidades femeninas, la transformación en la tipología familiar y la modificación en los roles de género en los imaginarios colectivos; ha traído consigo, inevitablemente, la reforma de roles en la masculinidad y la consecuente reestructuración del estereotipo de padre autoritario, proveedor e insensible.

Ligado a este cambio se encuentra el concepto de nueva paternidad, fundado en el reconocimiento de la feminidad, en el ideal de igualdad de



derechos y deberes entre mujeres y hombres, en la asunción voluntaria de compromisos familiares y de pareja establecidos en la ayuda mutua. Las nuevas paternidades obedecen al reclamo de los movimientos sociales y feministas interiorizado por algunos varones, cimentado en un sistema de valores renovado en el que cobra importancia la interacción frecuente y temprana entre padres e hijos, reformulando la paternidad con un alto nivel de compromiso paterno, dirigido a fomentar el desarrollo individual de los miembros de la familia, con acuerdos acerca de la crianza de los hijos. También, se suma a este fenómeno la aparición de movimientos masculinos en pro de la custodia compartida y la paridad de derechos de los padres divorciados a estar con sus hijos, los derechos de los padres de crianza, y las de adopción en parejas homoparentales.

Estas reflexiones no solo han fomentado la aparición de literatura sobre masculinidades y paternidades, sino que han promovido el desarrollo de políticas públicas en pro de una nueva paternidad más equitativa y responsable, impulsando un nuevo esquema de imaginarios que abandonan la figura masculina paradigmática del padre proveedor. De esta manera, la nueva paternidad emergente de una masculinidad renovada, se presenta como un modelo contrahegemónico a los roles tradicionales de género, como una nueva forma “anormal” de ejercer el poder y modificar imaginarios sociales y familiares, con la finalidad de redefinir los valores sociales referentes al ejercicio de la paternidad.

## Las nuevas paternidades y la transformación del derecho de familia

Mientras las dinámicas sociales cambian a un ritmo acelerado, la respuesta del legislador ha sido mucho más tardía, obligando a los diferentes sectores de la sociedad, grupos de interés y organizaciones de distinta índole, a emplear medios judiciales para obtener el reconocimiento de derechos como consecuencia de la reconfiguración o resignificación de las relaciones afectivas y de familia. En cierta medida, el anquilosamiento del Código Civil ha generado permanentes tensiones entre el principio de legalidad y los principios de solidaridad, pluralismo, igualdad y dignidad humana, en escenarios como el matrimonio, los derechos patrimoniales y sucesorales, la adopción, entre otros.



Los aspectos jurídicos relacionados con las nuevas paternidades, también han hecho parte de estos debates. Son varios los pronunciamientos de las altas cortes cuya decisión trae de suyo, un reconocimiento explícito a derechos derivados del ejercicio de nuevas paternidades, introduciendo transformaciones significativas a diferentes instituciones del derecho civil y particularmente al derecho de familia. A continuación, se presentan algunos ejemplos vinculados con estos cambios.

## Las familias de crianza

Las personas, particularmente en sus primeros años de vida, inician un proceso de aprendizaje que les permite adaptarse, interactuar y convivir en sociedad. Durante este proceso, "incorporan normas, roles, valores, actitudes y creencias, a partir del contexto socio-histórico en el que se encuentran insertos" (Simkin y Becerra, 2013, p. 122). Este proceso se conoce como socialización, porque la persona incluye los elementos socioculturales de su medio a su personalidad, a través de experiencias y agentes sociales significativos (Rocher, 1990), dentro de los cuales está la familia.

Como este proceso genera una constante interacción entre el individuo y su medio (Vander Zanden, 1986), existe una influencia mutua que permite crear relaciones afectivas de hecho, que no necesariamente están reguladas por el derecho. Pensemos el caso de un niño que es abandonado por sus padres, pero crece bajo la protección de su tía, quien lo acoge y lo educa como su propio hijo o el caso del niño que es criado por la pareja de su madre biológica, convirtiéndose en la figura paterna del menor. En ambos casos, en principio no existe un vínculo jurídico consanguíneo, pero los lazos emocionales creados durante el proceso de socialización fueron tan fuertes que crearon un vínculo de afectividad, y son ellos mismos quienes solicitan que se le reconozcan efectos jurídicos a tal relación en igualdad de condiciones de las relaciones de consanguinidad.

En Colombia, no se tienen cifras o datos estadísticos que permitan identificar el número de familias de crianza, pero la Corte Constitucional como algunos proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República, ha puesto de presente la necesidad de regularla (Congreso de la República de Colombia, 2019). Esta necesidad de regulación está en armonía con el alcance de concepto de familia establecido en el 42 de la Constitución de 1991, que define a la familia "como el núcleo fundamental de la sociedad", el cual



puede constituirse “por la voluntad responsable de conformarla”, dando al concepto de familia un alcance amplio en concordancia con el principio de pluralismo, “no puede existir un concepto único y excluyente de familia” (Corte Constitucional de Colombia, 2009).

Así, en aplicación de varios principios constitucionales como pluralismo, igualdad, no discriminación, solidaridad, entre otros, la Corte Constitucional colombiana inició todo un proceso de reconocimiento jurisprudencial de derechos a las familias de crianza, empezando por la Sentencia T-495 de 1997, que reconoció el derecho a la reparación directa a los padres de crianza de un soldado que falleció durante la prestación del servicio. Posteriormente, en Sentencia T-586 de 1999, ordenó la afiliación de la hija del compañero permanente de la cotizante a la Caja de Compensación Familiar y, en la Sentencia T-403 de 2011, estableció la subregla jurisprudencial según la cual los hijos de crianza tienen derechos a beneficios educativos.

Por vía de tutela, la Corte también ordenó el reconocimiento de indemnizaciones al hijo de crianza de una víctima directa del conflicto armado (Corte Constitucional de Colombia, 2015), y en siguientes oportunidades reconoció el derecho que le asiste al hijo de crianza a percibir la pensión de sobreviviente (Corte Constitucional de Colombia, 2016); el derecho a la afiliación al sistema de salud y seguridad social (Corte Constitucional de Colombia, 2017), y al reconocimiento de los derechos patrimoniales de quienes integran las familias de crianza (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 2018).

Este fenómeno también justificó la presentación del proyecto de Ley Nro. 160 de 2019, “Por medio del cual se dictan disposiciones sobre la familia de crianza”, que pretende regular la institución de la familia de crianza o, de hecho, el trámite judicial para su reconocimiento, medios probatorios para acreditarla y los efectos prestacionales y patrimoniales de su reconocimiento (Congreso de la República de Colombia, 2019).

## La familia monoparental

En términos generales, la familia monoparental es “*la integrada por un adulto con uno o más menores a cargo*” (Barron, 2002, p. 13), cuyo origen puede tener diversas causas asociadas principalmente al divorcio, abandono de hogar y el *madresolterismo* (Echeverri, 1984) y en un porcentaje muy pequeño



el *padresolterismo*, así como el fallecimiento de uno de los cónyuges o compañeros permanentes, o simplemente la decisión de formar este tipo de hogares (González, 2000).

En relación con la dinámica de las familias latinoamericanas, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2014) realizó un estudio comparativo del comportamiento de las estructuras familiares en 18 países de la región. De acuerdo con el mencionado estudio, entre 1990 y 2010, los hogares monoparentales encabezados por mujeres, tanto de familias nucleares como extensas, pasaron del 13% al 17,2% (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2014, p. 13). Esta tendencia se ha mantenido y otras fuentes han señalado que, de los hogares monoparentales censados, el 86,8% tienen jefatura femenina y solo el 13,2% tienen jefatura masculina (Arriagada, 2007, p. 129).

Pero también se debe indicar que el porcentaje de hogares unipersonales varía de acuerdo con la condición socioeconómica del grupo familiar, en razón de que, a mayor estrato, menor es el porcentaje de hogares monopersonales. Por ejemplo, dentro de las familias en extrema pobreza, el 26% corresponde a familias monoparentales, mientras que en los estratos medios-intermedios este porcentaje desciende al 21%, y en los estratos altos continúa disminuyendo hasta el 13,2% (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2019, p. 71). De otra parte, y aunque “el incremento de la pobreza extrema observado en 2016 y 2017 afectó con mayor intensidad a los hogares monoparentales, a los hogares biparentales con hijos y a los hogares extensos” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018, p. 101), “la mayor incidencia de la pobreza extrema se da en los hogares monoparentales (12%)” (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018, p. 101).

Este panorama pone de presente tres aspectos importantes, a tener en cuenta: primero, la tendencia creciente en Latinoamérica del número de familias monoparentales; segundo, la tendencia sigue advirtiendo que la mayoría de estos hogares está en cabeza de mujeres; y, por último, estos hogares presentan mayor grado de vulnerabilidad frente a la pobreza extrema. En el caso colombiano, es deber constitucional brindar especial protección a las



madres cabeza de familia<sup>9</sup> y sus hogares, a través de acciones afirmativas que permitan garantizar una igualdad de género material o sustancial (Corte Constitucional de Colombia, 2010). De hecho, se han expedido normas para asegurar la protección de estas familias en especial riesgo de vulnerabilidad, como el caso de la Ley 82 de 1993.

Una de estas acciones afirmativas a favor de las madres cabeza de familia en estado de debilidad manifiesta, es el denominado 'reten social', que consiste en una medida normativa de protección especial que, entre otros beneficios, garantiza la estabilidad laboral de las personas que acreditan tal condición (Corte Constitucional de Colombia, 2018).

Pese a los esfuerzos para garantizar de manera efectiva una especial protección a los miembros de hogares monoparentales encabezados por mujeres, las cifras siguen siendo demoledoras. Entre 2016 y 2017, la incidencia de pobreza extrema que se da sobre familias monoparentales fue del 12% (Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2018, p. 101), de los cuales en su mayoría corresponden a familias encabezadas por mujeres. Esta parece ser una tendencia histórica y general. Para hacernos una idea, en España, "el 53,3% de los hogares monoparentales está en riesgo de pobreza y exclusión" (Espino, 2018, p. 1) y ocho de cada diez de estos hogares están encabezados por una mujer y en estudios realizados en 2005; se evidenció que solo en los EE. UU., "La tasa de pobreza de familias con sólo padre fue de un 17,6%, mientras que la de las familias con sólo madre fue de un 36,9%" (Tortosa, 2009, p. 79).

Varias son las razones que se pueden dar para explicar el alto grado de incidencia de la pobreza extrema en hogares monoparentales, particularmente cuando la mujer asume la condición de cabeza de familia: embarazos adolescentes, violencia de género, disparidad de ingresos, dificultades en el acceso a oportunidades de educación, salud y empleo, entre otros. Pero quizá todos estos factores pueden englobarse en lo que se conoce como "discriminación interseccional", que se genera como una nueva forma de discriminación estructural como resultado de la configuración de diferentes

---

9 De acuerdo con la Corte Constitucional Colombiana (2018), se considera que una mujer tiene la condición de madre cabeza de familia cuando cumple con los siguientes requisitos: 1) tiene a su cargo hijos menores de edad o personas "incapacitadas" para trabajar; 2) la responsabilidad exclusiva de la jefatura del hogar es permanente; 3) se presenta una sustracción de los deberes de manutención de la pareja o del padre de los menores de edad a cargo; y 4) existe una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia.



tipos de desigualdades (Platero, 2014). Se trata entonces de un tipo de discriminación mucho más profunda cuando la mujer asume procesos sistemáticos de discriminación por su condición de mujer, madre soltera o madre cabeza de familia, su condición socioeconómica, raza, orientación sexual, etc.

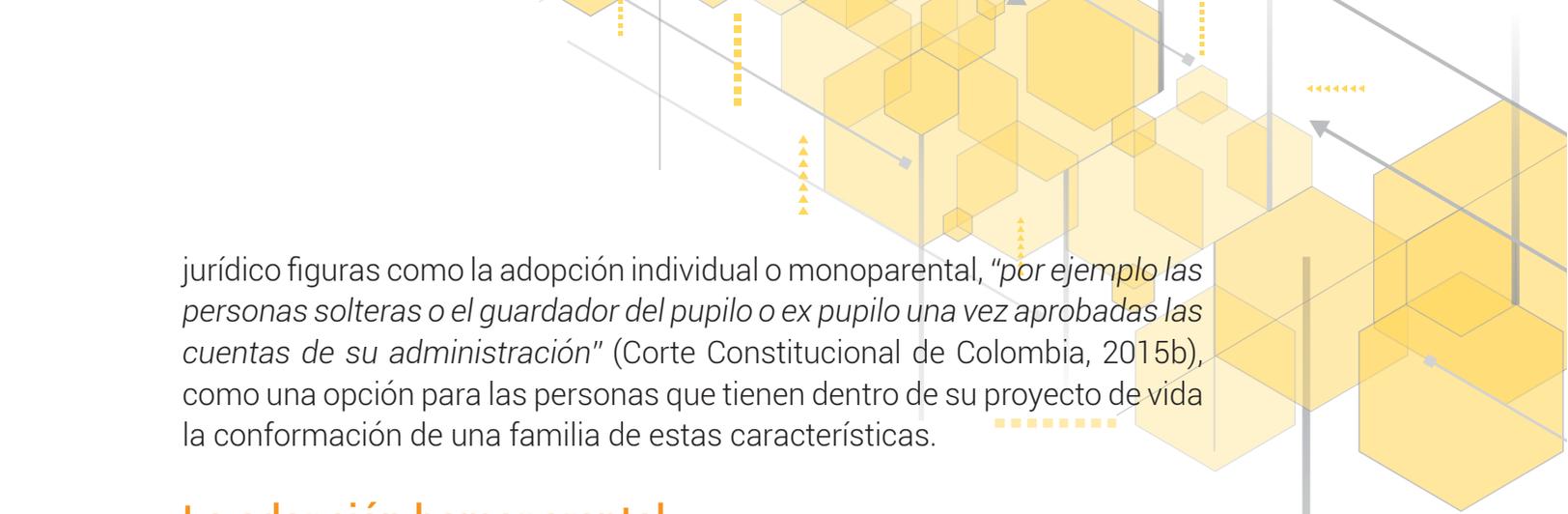
Pese a los esfuerzos por el desarrollo legislativo y jurisprudencial para brindar protección especial a estas familias, aún quedan tareas pendientes por superar, en especial cuando confluye este tipo de fenómenos de discriminación interseccional sobre hogares monoparentales de jefatura femenina.

Ahora bien, tampoco se puede perder de vista el cambio paradigmático –así sea en proporciones relativamente pequeñas–, respecto a las familias monoparentales con jefatura masculina, que advierte el crecimiento lento del cambio de rol masculino dentro de la familia, “lo que obliga directa o indirectamente a que el hombre deje de lado esferas sobre las cuales se sustenta la masculinidad hegemónica” (Cano et al., 2016, p. 128).

En una investigación hecha en 2014, que recogió las experiencias de nueve padres jefes de familias monoparentales de Bogotá, pertenecientes a estratos socioeconómicos de nivel medio, escolaridad máxima de nivel técnico, con edades entre los 35 y los 56 años, cuya unión conyugal fue heterosexual y padres de hijos consanguíneos, de edades que oscilan entre los 5 y los 14 años (Cano et al., 2016, p. 129), se estableció la siguiente conclusión:

Que estos padres han ampliado la dinámica de la flexibilización de roles, más allá de la dimensión cultural e ideológica que les asignaba una simple función productiva, generando un discurso igualitario respecto a las responsabilidades domésticas y familiares compartidas, en aras de una equidad de género en los miembros de estos hogares (p. 141).

Así las cosas, los casos objeto de estudio evidenciaron el paso de un rol paternal patriarcal a un rol afectivo, con vínculos afectivos más fuertes, ofreciendo a su prole mayor seguridad afectiva y de filiación, además de cumplir funciones psicosociales para sus hijos, en términos emocionales, afectivos, sociales y económicos (Cano et al., 2016, p. 141). Estos cambios no solamente han obligado a la implementación de mecanismos afirmativos de protección de estos hogares, como se explicó con antelación, sino que también ha servido de fundamento para introducir en el ordenamiento



jurídico figuras como la adopción individual o monoparental, *“por ejemplo las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración”* (Corte Constitucional de Colombia, 2015b), como una opción para las personas que tienen dentro de su proyecto de vida la conformación de una familia de estas características.

## La adopción homoparental

El reconocimiento de derechos a parejas y familias homoparentales, es uno de los temas más controvertidos en el derecho colombiano, introduciendo cambios significativos al derecho de familia. Uno de estos cambios está relacionado con las nuevas paternidades y fue abordado por la Corte Constitucional cuando estudió la constitucionalidad de algunos apartados de los artículos 64, 66 y 68 de la Ley 1098 de 2006, *“por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia”*, así como el artículo 1º de la Ley 54 de 1990, *“por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”*.

El fundamento de la demanda de inconstitucionalidad, es que las disposiciones acusadas no autorizan la adopción conjunta para parejas del mismo sexo y, en ese sentido, vulnerarían el preámbulo y a los artículos 1º, 7º, 13, 42 y 44 de la Constitución, así como otros instrumentos internacionales ratificados por Colombia referentes al principio de igualdad. Pero la Corte consideró que las normas acusadas se ajustaban a la Constitución y declaró la constitucionalidad de las mismas, aclarando, respecto a la adopción complementaria, que su ámbito de aplicación también comprendía a las parejas del mismo sexo (Corte Constitucional de Colombia, 2015b).

En dicha oportunidad, la Corte recordó que el ordenamiento jurídico colombiano admite tres modalidades de adopción: la adopción monoparental o individual, que tiene lugar cuando el adoptante es una sola persona; la adopción conjunta, que se da cuando la solicitud es presentada por los cónyuges o por los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de, por lo menos, dos años; y, finalmente, la adopción complementaria o por consentimiento, que se da cuando se pretende adoptar el hijo o hija del cónyuge o del compañero o compañera permanente.



Respecto a la adopción conjunta, la Corte concluyó que las expresiones impugnadas no vulneran la prohibición de discriminación por orientación sexual de los compañeros permanentes del mismo sexo ni desconocen su derecho a conformar una familia y a no ser separadas de ella, puesto que dichas normas no establecen una diferenciación basada en la orientación sexual de los aspirantes a adoptar, sino que se funda en la composición de la pareja adoptante. En este punto, la Corte considera que esta distinción es constitucionalmente válida, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

(...) para el Legislador, existen diferencias constitucionalmente relevantes entre las parejas conformadas por parejas del mismo sexo y las conformadas por hombre y mujer, y que en función de tales diferencias no resultaba imperativo extender la adopción a las primeras. En este sentido, el Legislador valoró que la diferencia entre ellas radica en que la adopción tiene por objeto sustituir, en cuanto sea posible, las relaciones filiales que nunca se llegaron a consolidar o que se perdieron, donde la existencia de padre y madre fue el punto de referencia de los vínculos de filiación (lazos naturales de consanguinidad). Con esta óptica, no existía para el Legislador un imperativo que lo obligara a dar un tratamiento idéntico a las diversas modalidades de familia reconocidas y protegidas por la Carta Política en cuanto se refiere a su habilitación para participar en procesos de adopción conjunta. (Corte Constitucional de Colombia, 2015b).

En concreto, para la Corte, esta distinción es constitucionalmente válida en atención a la necesidad de restablecer para el menor –en la medida de lo posible– los lazos de filiación, con el fin de que este menor logre hacer parte de una familia en condiciones propicias para su desarrollo. Por esta razón, el objetivo de la adopción conjunta “fue procurar al menor un entorno en el que preferentemente se suplan las carencias de padre y madre” y no discriminar a las parejas del mismo sexo.

En cuanto a la adopción complementaria o por consentimiento, la Corte advierte que, en este caso, como el menor sí cuenta con un vínculo filial, pues se parte de la premisa de la existencia de un vínculo consanguíneo directo y, además, se presentan con frecuencia vínculos de crianza preexistentes entre el menor y el adoptante, sí es procedente la adopción complementaria o por consentimiento homoparental.



Por tanto, en este caso, simplemente se están protegiendo los derechos del menor manteniendo incólume su núcleo familiar a partir de la estabilidad de sus vínculos de consanguinidad y de crianza, en el cual ha permanecido en forma estable. En este punto, la Corte sostuvo el siguiente argumento:

Ahora bien, cuando por cualquier motivo un niño ha crecido de la mano de su padre o madre biológico, quien a su vez convive con su pareja del mismo sexo, y en ese entorno se han forjado vínculos de afecto y solidaridad estables donde se comparte la crianza, cuidado y manutención del menor en forma conjunta, entonces impedir la adopción complementaria o por consentimiento conduciría a destruir esos mismos lazos de amor, respeto, socorro, etc., construidos durante años, lo cual afecta a todos los integrantes del grupo familiar (dentro de los cuales se encuentra incluidos tanto la pareja como el menor de edad), quienes se han integrado con éxito en el hogar que se ha creado, en detrimento del derecho a conformar libre y responsablemente una familia y a no ser separados de ella (Corte Constitucional de Colombia, 2015b, Art. 42 CP).

En otros términos, la Corte considera plausible reconocer la adopción complementaria o voluntaria homoparental cuando se corrobore la existencia de un vínculo de crianza entre el adoptante y el adoptado, y que, de negarse, no solamente afectaría el derecho a una familia del menor, sino que también afectaría otros derechos del menor que se derivan de este vínculo filial. En palabras de la Corte:

Negar el reconocimiento del vínculo filial en estos casos, además, pondría en grave riesgo el ejercicio de otros derechos de todos los integrantes del núcleo familiar, puesto que algunas obligaciones solo son exigibles cuando media el vínculo de filiación. El derecho a reclamar alimentos, los beneficios derivados de la seguridad social, los derechos sucesorales o las obligaciones emanadas de la patria potestad, por mencionar algunos de ellos, solo se consolidan cuando el ordenamiento jurídico reconoce formalmente el vínculo paterno y materno filial; de otro modo todo quedaría librado a los actos de solidaridad y buena voluntad, lo que representaría un déficit en la protección y una barrera normativa para el goce efectivo de los derechos del grupo familiar. (Corte Constitucional de Colombia, 2015b)

## Aspectos pendientes y problemáticos de las nuevas paternidades

Las nuevas paternidades configuran una permanente tensión entre la autonomía de los integrantes de la pareja, el derecho a la igualdad y las instancias de control estatal, que aún no reglamentan de fondo algunos debates pendientes, por ejemplo, la reproducción humana asistida, la libertad sexual, y la custodia compartida, entre otros. Esto obedece a la fuerza de las dimensiones imaginarias simbólicas y reales de la paternidad, dentro de las cuales la nueva paternidad como neologismo, resulta aún precario con relación a la paternidad tradicional o incluso la de transición, lo que nos lleva a concluir que aún estamos distanciados de una distribución equitativa de roles de género; sin embargo, a manera de reflexión, en el presente apartado se indicarán algunas tensiones contemporáneas directamente relacionadas con la nueva paternidad.

Las luchas de los movimientos de padres representan un reto para las sociedades modernas, en virtud de que irrumpen en terrenos que hegemonícamente se le endilgaron socialmente a la mujer, por lo que implican una inversión de roles.

En principio, el reclamo por la custodia compartida de los hijos parece —a simple vista— justo y equitativo; sin embargo, al ser abordado jurídicamente, la balanza se ha inclinado mayoritariamente a otorgar la custodia plena a la madre. Esta realidad ha sido recibida por los movimientos de padres como una clara discriminación basada en estereotipos de género que deben replantearse.

En Colombia, los movimientos de padres son aun incipientes, pues, aunque tienen sus orígenes en los años 70, hicieron presencia con más fuerza en países industrializados como Estados Unidos o el Reino Unido, siendo relativamente novedosos en nuestro entorno, por lo que no se ha incursionado en el reclamo de la custodia compartida, la cual no se encuentra reglamentada en Colombia. En ese orden de ideas, en caso de separación un padre ejercerá la custodia y el otro podrá solicitar la reglamentación de visitas; aunque, debido a los cambios en los imaginarios colectivos de los colombianos, este debate, lejos de parecer ajeno, simplemente queda pendiente de desarrollo y aplicación.



Otro arquetipo en espera de evolución es la reproducción asistida, así como los problemas jurídicos referentes a la paternidad que de esta se desprenden. En ese orden de ideas, el consentimiento de donante y receptor de gametos, es determinante para definir la filiación. Por esta razón, es de vital importancia reglamentar la forma, momento y formalidades bajo las cuales se otorga ese consentimiento en los procedimientos de gestación subrogada, inseminación post-mortem e inseminación asistida con donante.

Otro debate, no menos importante, plantea el problema jurídico con relación a si los padres tienen derecho respecto al hijo por nacer y, por consiguiente, deben ser partícipes en la decisión de la madre de interrumpir voluntariamente el embarazo.

Mayoritariamente, los movimientos feministas han considerado que la interrupción voluntaria del embarazo, en adelante IVE, es una decisión exclusiva y personalísima de la mujer, posición que ha sido aceptada mayoritariamente a nivel global. A partir de los años 80, las legislaciones democráticas han flexibilizado sus posturas con relación al aborto y de acuerdo a cifras del Ministerio de Salud:

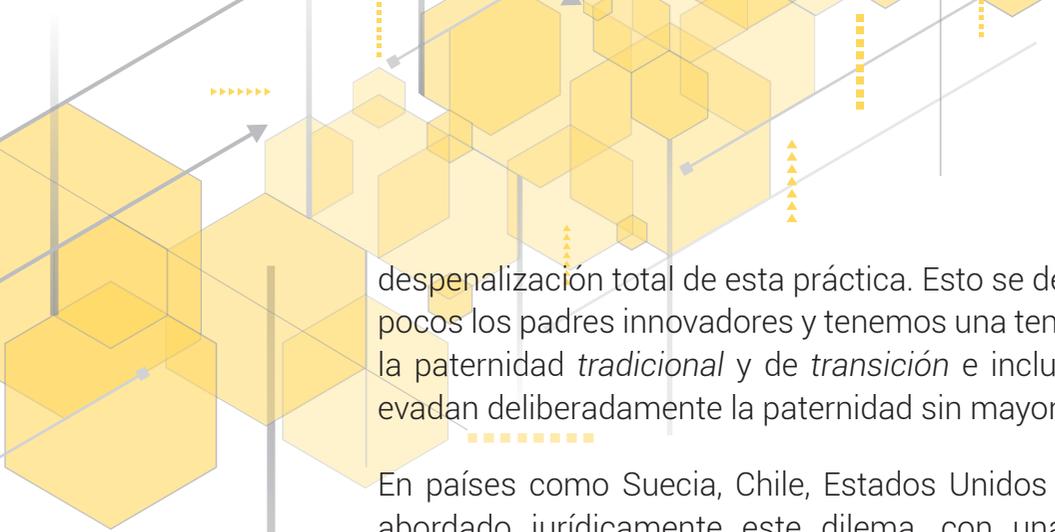
(...) el 40 % de las mujeres viven en países que permiten el aborto a solicitud de la mujer; 20 % de las mujeres, en países que permiten el aborto dependiendo de condiciones sociales y económicas; y 40% de las mujeres viven en países con leyes muy restrictivas o donde el aborto, aun cuando es legal, no está disponible (Ministerio de Salud, 2016).

En Colombia, el debate en torno al aborto se acentuó a partir de la Sentencia C-355 de 2006, que despenalizó el aborto en tres casos,<sup>10</sup> reconociendo la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) como un derecho sexual y reproductivo de la mujer.

Frente a esta postura jurisprudencial, los incipientes movimientos por los derechos de los padres (*o futuros padres*), que piden ser tenidos en cuenta en el aborto de su pareja, han tenido un interesante desarrollo, aunque paupérrimo en contraste con los movimientos feministas que buscan la

---

10 I. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico. II. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. III. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.



despenalización total de esta práctica. Esto se debe en parte a que, aún son pocos los padres innovadores y tenemos una tendencia muy marcada hacia la paternidad *tradicional* y de *transición* e incluso a que muchos varones evadan deliberadamente la paternidad sin mayores consecuencias.

En países como Suecia, Chile, Estados Unidos e incluso Colombia, se ha abordado jurídicamente este dilema, con una marcada predilección a favorecer los derechos reproductivos de la mujer. En nuestro país, el caso conocido periodísticamente como "*Juan Sebastián*", donde una mujer con siete meses de gestación apoyada por su núcleo familiar se produce un aborto a pesar de la insistencia del padre y de su lucha a través de los medios de comunicación y en estancias judiciales para evitarlo (Pardo, 2020), puso de nuevo el tema en boga. También, se han presentado aclaraciones de voto que han destacado el déficit de protección de los derechos del hombre:

Existe un déficit de protección de los derechos de los hombres que son padres de un niño o niña en gestación cuya madre quiera llevar a cabo un aborto. Para subsanarlo, el Estado debe definir la manera en que el padre debe participar, acompañar o consentir el procedimiento (Sentencia C-88, 2020).

Esta premisa trae consigo varios interrogantes, dentro de los que podemos anunciar: ¿el varón tiene derecho a participar, acompañar o consentir la IVE?, ¿la participación del varón para la IVE aplicaría en todos los casos y para todo tipo de relaciones?, ¿desde cuándo comienza la paternidad?, ¿sería posible que el padre asumiera el cuidado total de su hijo a partir del parto liberando a la mujer de la maternidad?

Como se puede advertir, los cambios sociales y culturales son determinantes en la reconfiguración de las familias, no obstante, la velocidad del derecho para adecuar el sistema jurídico a estos nuevos cambios no parece ser la misma. En parte porque las tensiones entre las distintas facciones de la sociedad y la natural ausencia de consenso en estas materias, hace que sea demorada la definición de una respuesta jurídica definitiva.



## Referencias

- Alberai, I. (2004). Cambios en los roles familiares y domésticos. *Arbor*, 178(702), 231-261. <https://doi.org/10.3989/arbor.2004.i702.567>
- Arriagada, I. (2007). *Familias y políticas públicas en América Latina: Una historia de desencuentros*. Cepal.
- Astudillo, P. (2004). *Modelos de masculinidad en la cultura escolar y en jóvenes populares* (tesis no publicada para optar al título de Socióloga). Universidad de Chile, Santiago, Chile.
- Astelarra, J. (2005). *Veinte años de políticas de igualdad*. Ediciones Cátedra.
- Barron, S. (2002). Familias monoparentales: un ejercicio de clarificación conceptual y sociológica. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 40, 13-30.
- Cano, A. M., Motta, M. E., Valderrama, L. E. y Gil, C. A. (2016). Jefatura masculina en hogares monoparentales: adaptaciones de los hombres a las necesidades de sus hijos. *Rev. Colomb. Soc.*, 39(1), 123-145.
- Comisión Económica para América Latina CEPAL. (2014). *La evolución de las estructuras familiares en América Latina 1990-2010. Los retos de la pobreza, la vulnerabilidad y el cuidado*. Serie políticas sociales. CEPAL, UNICEF y ONU. [https://www.unicef.org/lac/S2014182\\_es.pdf](https://www.unicef.org/lac/S2014182_es.pdf)
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2017). *Planes de igualdad de género en América Latina y el Caribe. Mapas de ruta para el desarrollo*.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2018). *Panorama Social de América Latina, 2018 LC/PUB.2019/3-P*, Santiago.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) (2019). *Panorama Social de América Latina, (LC/PUB.2019/22-P/Re v.1)*, Santiago.



Congreso de la República de Colombia (2019). Proyecto de ley 160 de 2019, "Por medio del cual se dictan disposiciones sobre la familia de crianza". Ponente: José Ritter López. <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2019%20-%202020/PL%20160-19%20Hijos%20de%20Crianza.pdf>

Constitucional de Colombia (1997). Sentencia T-495 de 1997.

Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia T-586 de 1999.

Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia T-572 de 2009.

Corte Constitucional de Colombia (2010). Sentencia T-039 de 2010.

Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T-403 de 2011.

Corte Constitucional de Colombia (2015 a). Sentencia T-233 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia (2015 b). Sentencia C-071 de 2015.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Sentencia T-074 de 2016.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Sentencia T-177 de 2017.

Corte Constitucional de Colombia (2018). Sentencia T-084 de 2018.

Corte Constitucional de Colombia (2020). Sentencia C-088 de 2020.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2018). Sentencia STC6009-2018, del 9 de mayo de 2018.

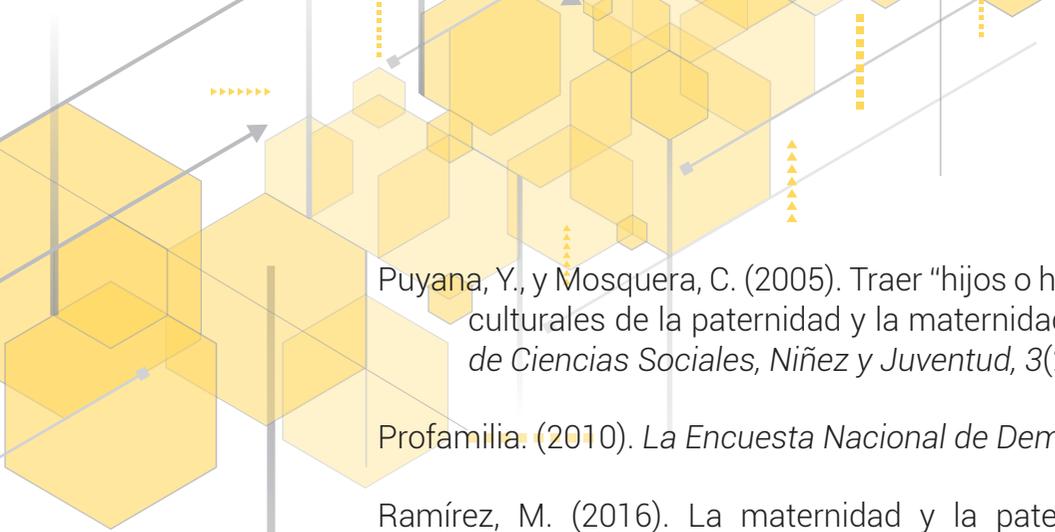
Departamento Nacional de Estadística DANE (2017). *Boletín técnico Cuenta Satélite de Economía del Cuidado - CSEC 2017*. [https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/cuentas/ec/Bol\\_CS\\_Econo\\_cuidado\\_TDCNR\\_2017.pdf](https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/cuentas/ec/Bol_CS_Econo_cuidado_TDCNR_2017.pdf)

Echeverri, L. (1984). *La familia de hecho en Colombia*. Tercer Mundo.

Espino, A (2018). *La pobreza se ceba con las madres solteras*. <https://ethic.es/2018/10/familias-monoparentales-riesgo-pobreza/>

Faurt, E. (2004). *Masculinidades y desarrollo social*. Unicef. <https://www.unicef.org/masculinidades.pdf>

- 
- Foucault, M. (1977). La angustia de juzgar. En M. Foucault, *Saber y verdad* (p. 115.). La Piqueta.
- Fuller, N. (2000). Introducción. En N. Fuller (Ed.), *Paternidades en América Latina* (pp. 11-32). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Gil, M. (2011). Poder, verdad y normalidad: genealogía del hombre moderno a través de la lectura de M. Foucault. *Cuaderno de Materiales*, (21), 443-456.
- González, M. M. (2000). *Monoparentalidad y exclusión social en España*. Ayuntamiento [Área de Economía y Empleo].
- Lamas, M. (1996). *El género y la construcción social de la diferencia sexual*. Serie de Estudios de Género.
- McNabb, D. (2012, 11 de mayo). *Una introducción a las ideas básicas del pensamiento de Michel Foucault*.
- Membrillo, A. (2004). Roles Familiares y de Grupo. *Universidad Autónoma de México*, 226-236.
- Ministerio de Salud de Colombia. (2016). *Interrupción voluntaria del embarazo, un derecho humano de las mujeres*.
- Ministerio de Salud y Protección Social/ Profamilia de Colombia. (2015). *Encuesta Nacional de Demografía y Salud ENDS*.
- Monroy Cabra, M. G. (2012). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia* (14.ª ed.). Ediciones del Profesional Ltda.
- Olavarría, J. (2001). *Y todos querían ser (buenos) padres. Varones de Santiago de Chile en conflicto*. FLACSO.
- Pardo, D. (2020). *Aborto en Colombia: el caso de interrupción del embarazo a los 7 meses de gestación que reavivó el debate en ese país*. BBC Mundo. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51483601>
- Platero, L. (2014). Metáforas y articulaciones para una pedagogía crítica sobre la interseccionalidad. *Quaderns de Psicologia*, 16(1), 55-72. <https://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/v16-n1-platero/1219-pdf-es>



Puyana, Y., y Mosquera, C. (2005). Traer "hijos o hijas al mundo": significados culturales de la paternidad y la maternidad. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 3(2), 2-21.

Profamilia. (2010). *La Encuesta Nacional de Demografía y Salud (ENDS)*.

Ramírez, M. (2016). La maternidad y la paternidad en las sociedades contemporáneas ¿Y cuál es el problema? En R. M, *Maternidades y Paternidades Discusiones Contemporáneas* (pp. 19-32). Universidad Nacional de Colombia.

Rocher, G. (1990). *Introducción a la Sociología general*. Herder.

Simkin, H., y Becerra, G. (2013). El proceso de socialización. Apuntes para su exploración en el campo psicosocial. *Ciencia, Docencia y Tecnología*, 24(47), 119-142. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=145/14529884005>

Therborn, G. (2007). Familias en el mundo. Historia y futuro en el umbral del siglo XXI. En A. I. (Coord.), *Familia y Políticas Públicas en América Latina* (pp. 21-41). CEPAL.

Tortosa, J. (2009). Feminización de la pobreza y perspectiva de género. *Revista Internacional de Organizaciones*, (3), 71-89.

Vander, Z. (1986). *Manual de Psicología Social*. Paidós.



# Capítulo II

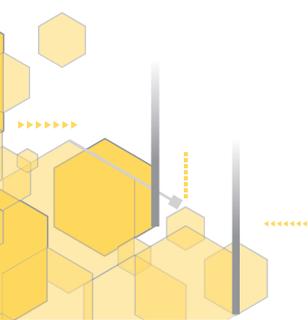
## El inicio de la persona humana Una nueva visión en el ordenamiento jurídico colombiano del siglo XXI<sup>1</sup>

Ana Elizabeth Quintero-Castellanos<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Capítulo de libro resultado del proyecto de investigación Protección jurídica de la familia y las personas en Colombia, adscrito al grupo de investigación Hugo Grocio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos de Tunja, iniciado en el año 2017.

<sup>2</sup> Docente investigadora de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, adscrita al grupo de investigación Hugo Grocio. Doctoranda en Derecho Procesal Contemporáneo, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Procesal. Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Comercial y Derecho Procesal Civil. Abogada de la Universidad del Rosario. Email: [aequintero@jdc.edu.co](mailto:aequintero@jdc.edu.co) ORCID: 0000-0002-2834-2307.

\* DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465.02>





# Introducción

El Código Civil colombiano fue expedido mediante la Ley 153 de 1887. En sus artículos 74, 90, 91 y 93, se ocupa de analizar lo relacionado con el concepto de persona, su inicio, la protección del que está por nacer y sus derechos, estas normas continúan vigentes desde esa época. Pero, en el siglo XXI, como consecuencia de la expedición de algunos preceptos, como el Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012, artículos 53 y 54, y la jurisprudencia de las Altas Cortes en relación con estos temas, se hace necesario replantear el concepto tradicional de persona, su inicio y protección, para actualizarlo al nuevo orden jurídico existente a partir de la Constitución Política de 1991.

En este acápite, se abordan estos temas en el siguiente orden: en primer lugar, se estudia el concepto del *nasciturus* y su naturaleza jurídica; en segundo lugar, su protección en Colombia; en tercer lugar, el concepto de la persona humana y su protección; y, en cuarto lugar, se expone la necesidad de formular un nuevo concepto jurídico de la persona humana, planteando la necesidad de reformar el Código Civil de Colombia en estos temas.



## El concepto del *nasciturus* y su naturaleza jurídica

### El concepto del *nasciturus*

La vida de los seres humanos no comienza al nacer, sino que inicia algún tiempo antes. Para el Derecho, ha sido uno de los interrogantes básicos determinar ¿desde cuándo se inicia la vida humana? Se han dado diversas respuestas, sin embargo, desde el punto de vista jurídico, se ha dicho que la vida de un nuevo ser humano comienza con la concepción, como lo afirma Medina (2011), precisar el momento en que empieza la vida humana es “*imprescindible para determinar el momento en que la sociedad empieza a protegerla*” (p. 467). En relación con el concepto de *nasciturus*, se precisa que es más un concepto jurídico, que se entiende, desde la perspectiva de Calvo (2004), como todo ser humano concebido que aún no ha nacido, o sea, es la situación en la que se encuentra el ser humano desde la concepción

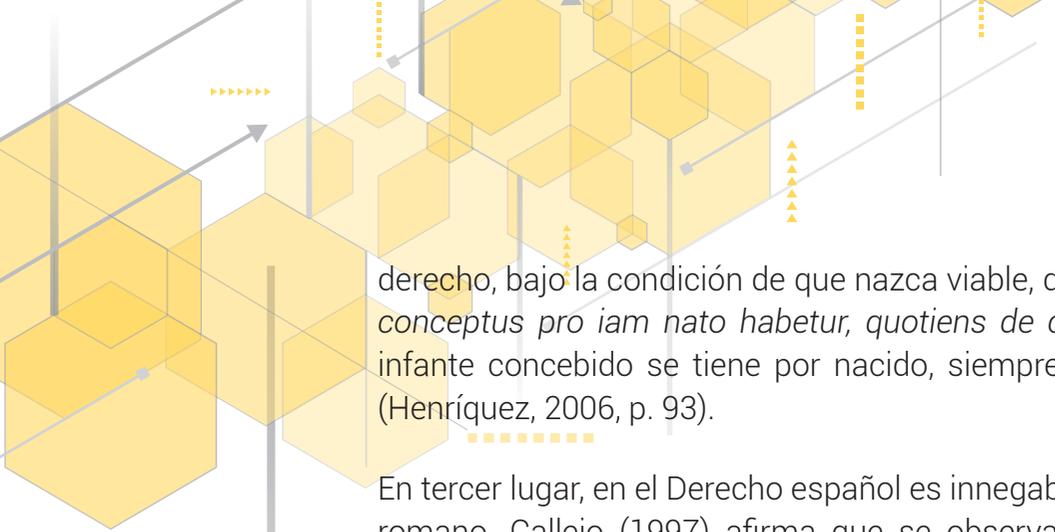


hasta el nacimiento, mientras se encuentra en estado de desarrollo de sus órganos y demás partes del cuerpo. Por otra parte, existen otros términos, más relacionados con el aspecto médico, que permiten determinar la etapa de desarrollo en que se encuentra el no nacido, como son los relacionados con el embrión y el feto; para Clavo (2004), se entiende por embrión el ser humano desde la fecundación hasta el tercer mes del embarazo; por feto, se entiende el ser humano desde el tercer mes de embarazo hasta el momento del parto.

Para iniciar, se define al *nasciturus* desde el punto de vista etimológico; posteriormente, se hace referencia a algunos antecedentes históricos en el Derecho romano y en el Derecho español; finalmente, se determina su noción en el ordenamiento jurídico colombiano. A continuación, se pasa a desarrollar estos temas.

En primer lugar, desde el punto de vista etimológico, según afirma Ospina (2014), la palabra *nasciturus* proviene del latín, “es un participio futuro del verbo Nascor (Nacer), el sufijo –urus– en latín indica inminencia o destino”; por consiguiente, la traducción más acertada es “el que va a nacer” o “el destinado a nacer”, en otras palabras “indica la próxima aparición entre los hombres de una realidad aun no materializada y que sin embargo, se intuye existente.” (Ospina, 2014, p.1). Por otra parte, el Diccionario Jurídico de la Real Academia Española dice que *nasciturus* es el “Concebido pero no nacido, como fase de la vida humana interna o en formación”.

En segundo lugar, en el Derecho romano, como afirma González (2017), el *nasciturus* no era, en ningún caso, una persona, era común referirse al mismo como “lo que se lleva en el vientre” (González, 2017, p. 103) o como animal y agrega que, como enseña Carlos D. Vieyra Sedano (citado por González, 2017), los romanos establecieron que el ser humano alcanzaría la capacidad jurídica y, por ende, la personalidad natural o física, hasta el momento de su nacimiento vivo y con forma humana, antes del parto, se consideraba al embrión como parte del cuerpo y de las entrañas de la mujer. Henríquez (2006) afirma que la regla de la ventaja o *commodum*, según la cual al concebido se le tiene por nacido para todo lo que le favorezca, se atribuye a los romanistas del período clásico. Es así como, los romanos admitieron que el infante, simplemente concebido, pero no nacido, es decir, el *nasciturus*, podrá prevalerse de un derecho a su favor, para el efecto debe ser considerado provisionalmente como vivo y debe reservársele su

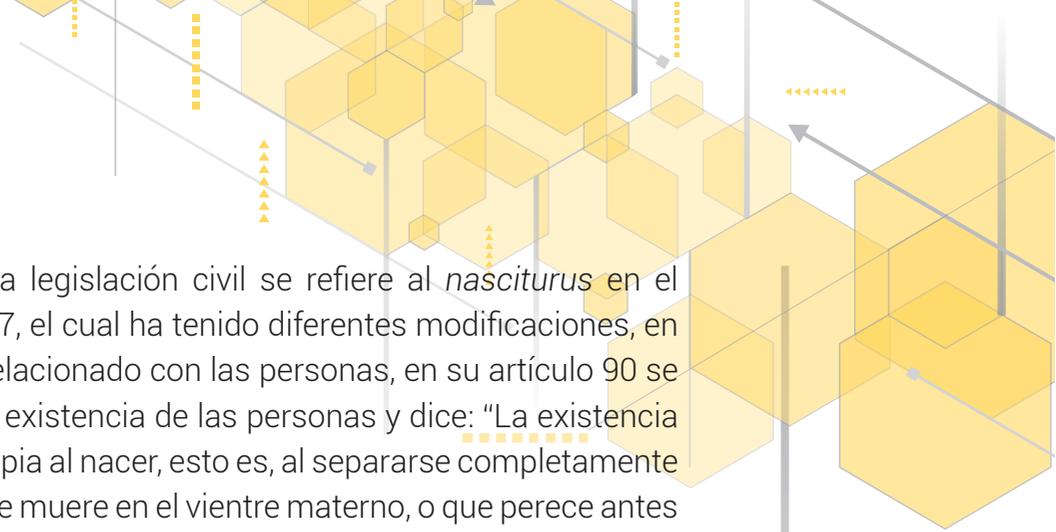


derecho, bajo la condición de que nazca viable, de aquí la sentencia: "*infans conceptus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur* – el infante concebido se tiene por nacido, siempre que sea en su beneficio" (Henríquez, 2006, p. 93).

En tercer lugar, en el Derecho español es innegable la influencia del Derecho romano. Callejo (1997) afirma que se observa este influjo en Las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, al establecer la teoría de la condición del *nasciturus*, en la Ley 3ª, título 23, de la Partida 4ª, que consagra a su favor una protección de carácter general. También, Pérez (1992) dice que, en Las Siete partidas, se recoge numerosos preceptos del Digesto que protegen al concebido, pero no nacido, como los siguientes:

Así: el que el concebido se tenga por nacido en todo lo que le favorezca de Part. 4.23.2 tiene su fuente en D. 1 S.7; la prohibición de aplicar la pena de muerte a la mujer encinta de Part. 4.23.3 y 7.3 1.10 en D. 1.5.18; la defensa contra los posibles ataques a la libertad de Part. 4.23.3 en D.1.5.22; «La defensa de los intereses del «nasciturus» pueden verse en dos instituciones, tomadas también, en su esencia y hasta en detalles, del derecho romano: en la suspensión de la adquisición de la herencia en las sucesiones «ab intestato», cuando quedare embarazada la mujer del causante, y en la invalidez del testamento del padre, en que hubiese sido preterido un hijo póstumo» (Part. 6.6.16- 17 tienen como fuente D.29.2.30.1 y D.25.4.1.10); en Partidas 6.1.20 se recoge la doble significación romana de «posthumus» (D.28.3.3 y C.6.12.2), es decir, el hijo nacido después de la muerte del padre y el que nació antes de que éste muriera, pero después de haber hecho su último testamento; los privilegios procesales del *nasciturus* de Part. 3.22.7 tienen como fuente D.37.9(8). 1.14- 15; la tutela del «curator ventris» del D.26.2.1 se recoge en Partidas 6.16.3; la determinación de cuándo el *nasciturus* deja de ser *nasciturus* y se considera nacido, contenida en Partidas 6.6.16; 7.33.8; 4.23.5; 4.23.4, tiene su fuente en D.1.5.14; D.50.16.135 y D.1.5.12; lo mismo vale para precisar en caso de parto doble quién tiene la primogenitura, de Part. 7.33.12 que tiene su fuente en D.34.5.10(11) (Pérez, 1992, p. 233).

El Código Civil de España que se encuentra vigente es el Real Decreto de 24 de julio de 1889, que, en su Libro primero, regula lo relacionado con las personas, y en el artículo 29 consagra: "El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente", y el artículo 30 reza: "La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno".



Por último, en Colombia, la legislación civil se refiere al *nasciturus* en el Código Civil, Ley 57 de 1887, el cual ha tenido diferentes modificaciones, en el Libro primero regula lo relacionado con las personas, en su artículo 90 se menciona el principio de la existencia de las personas y dice: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás", el artículo 91 se relaciona con la protección al no nacido y establece: "La ley protege la vida del que está por nacer", y el artículo 93 alude a los derechos del no nacido.

En síntesis, es importante precisar desde cuándo inicia la persona humana, no solo para poder protegerla, sino también para poder determinar desde cuándo se puede considerar como sujeto de derechos. Es de anotar que, a lo largo de la historia, ha habido variación en el tema, así en el Derecho romano se hacía referencia al mismo, aunque no se le consideró persona, pero se le protegía al considerar al infante concebido como nacido, para lo que le benefició; en el Derecho civil español, siguiendo el Derecho romano, también se consagran normas relacionadas con el *nasciturus*; y, en el Derecho colombiano, igualmente la legislación civil se refiere al principio de la existencia de las personas humanas, la protección al no nacido y sus derechos.

## La naturaleza jurídica de la protección al *nasciturus*

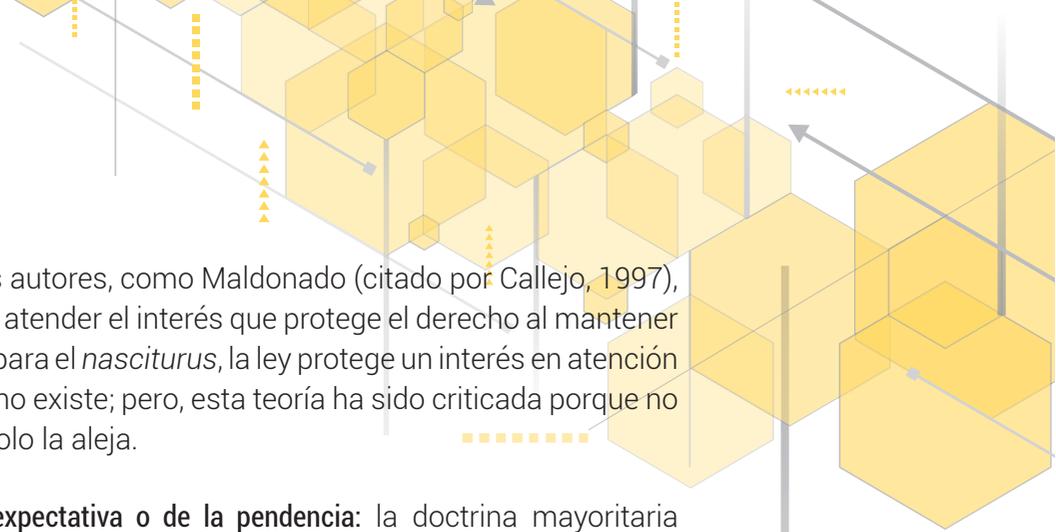
Uno de los aspectos más controvertidos dentro de la doctrina, relacionado con el estudio del concebido, es el relativo a su naturaleza jurídica, y como dice Hung (2009), adoptar una postura en cuanto a este importante extremo posee, además de su alcance teórico, una proyección normativa que se traduce directamente en la protección conferida por los ordenamientos jurídicos al concebido no nacido (p. 91).

Como afirma Callejo (1997), son muy diversas y numerosas las teorías relacionadas con la naturaleza jurídica de la protección al concebido, ya que implica la aplicación de diferentes conceptos propios del derecho civil como son persona, patrimonio y derecho subjetivo. Con esta precisión, se



analizarán las siguientes teorías: la concepción, el nacimiento, la ficción jurídica, los derechos sin sujeto, el interés que protege el derecho, la expectativa o estado de pendencia. A continuación, se realiza un recuento crítico de las direcciones teóricas más relevantes sobre el aspecto debatido.

- **La teoría de la concepción:** esta teoría considera que el concebido tiene existencia independiente, por consiguiente, ha de ser tenido como posible sujeto de derechos aún antes de nacer, esta teoría considera que el *nasciturus* es persona, ya que la personalidad jurídica se adquiere con la concepción. Ha sido defendida por civilistas como Comas y Aramburo, Storch de Gracia, Llambias, Gastperi, y, como dice Callejo (1997). El inconveniente de esta teoría es determinar el tiempo de la concepción. En la práctica esta teoría no ha sido consagrada en el Derecho Positivo, especialmente, por la gran dificultad que existe para determinar y probar el momento de la concepción (pp. 16, 17).
- **La teoría de la personalidad relativa y condicional:** otro sector de la doctrina habla de la capacidad relativa y condicional, dentro de ellos se encuentran Josserand (1950) y Bonnacase (1945), que estiman que está dotado de una cierta personalidad de carácter excepcional. Para Enneccerus (1953), se debe "considerar como sujeto actual al concebido no nacido para el caso de que nazca posteriormente, o sea, que está dotado de una capacidad jurídica limitada para el caso de nacer" (p. 322). Esta teoría ha recibido críticas de la doctrina, verbigracia Lete del Río (1986) afirma que no convence esta postura porque el concebido no es persona, por lo tanto, no tiene personalidad, y no es correcto hablar de una atribución anticipada o provisional, "ya que los efectos jurídicos son únicamente los favorables, y, además, se encuentra sometido a la *conditio iuris* del nacimiento con los requisitos legales" (p. 42).
- **La teoría de la ficción jurídica:** para otro sector de la doctrina, la protección al no nacido supone una ficción jurídica como sostiene Callejo (1997), y dentro de los autores que la han sostenido se cita a Savigny, quien considera que el concebido no tiene capacidad alguna y su protección se trata de una ficción, esta teoría ha sido criticada por no solucionar el problema de la condición jurídica del concebido.
- **La teoría de los derechos sin sujeto:** otra corriente doctrinal sostiene que se está frente a un caso de derechos sin sujeto, porque si la personalidad viene determinada por el nacimiento, entre la concepción y el nacimiento, los bienes y derechos que puedan llegar a adquirir el concebido carecen de sujeto, así lo explica Callejo (1997). Esta teoría está hoy prácticamente abandonada.

- 
- **La teoría del interés:** otros autores, como Maldonado (citado por Callejo, 1997), consideran que se debe atender el interés que protege el derecho al mantener el principio beneficioso para el *nasciturus*, la ley protege un interés en atención a un titular que todavía no existe; pero, esta teoría ha sido criticada porque no soluciona la cuestión, solo la aleja.
  - **Teoría del estado de la expectativa o de la pendencia:** la doctrina mayoritaria entiende que la protección del concebido supone una indeterminación del sujeto, y hablan de expectativa o estado de pendencia, porque consideran al *nasciturus* como una esperanza de vida, "una expectativa de derecho que dará lugar a un derecho definitivo cuando ocurra el nacimiento", como explica Callejo (1997), y se agrega que en esta línea Von Tuhr, Lehmann y Branca consideran que, a favor del concebido, existe una expectativa que dará lugar a un derecho con el nacimiento; sin embargo, se agrega que los derechos atribuidos al *nasciturus* no son simples expectativas, sino que constituyen un caso de los llamados derechos en estado de pendencia.

Esta teoría de la pendencia, a veces atenuada o complementada, ha predominado desde los tiempos de Roma. Dentro de estas teorías se pueden distinguir, a su vez, otras dos: en primer lugar, la teoría de la vitalidad, la cual solo exige que el feto nazca vivo para reconocerle personalidad, esta es, entre todas las teorías del nacimiento, la que predomina desde los tiempos de Justiniano; en segundo lugar, la teoría de la viabilidad, sobre el particular, Medina (2011) dice que las legislaciones que han adoptado la teoría de la viabilidad consideran únicamente personas "a las criaturas aptas para superar la etapa del nacimiento; de modo que, cuando no lo son, no reciben derechos ni, consecuentemente, los transmiten a terceros" (Medina, 2011, p. 460). En relación con esta teoría, se afirma que la expresión "nacido vivo" ha sido acogida internacionalmente por la Asamblea Mundial de la Salud y recomendada por las Naciones Unidas, que acogen la teoría de la vitalidad, la cual ofrece ventajas sobre las teorías de la viabilidad en cuanto es más simple y más fácil de aplicar.

# La protección del *nasciturus* en Colombia

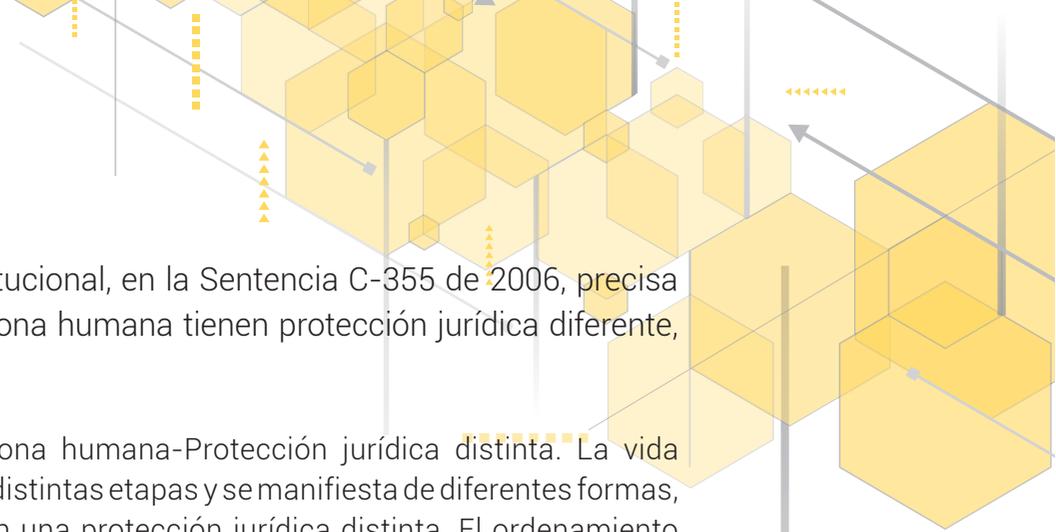
## La protección constitucional del *nasciturus*

En Colombia, se protege el derecho a la vida, es así como el artículo 11 de la Constitución Política dice: "el derecho a la vida es inviolable". Sin embargo, la Corte Constitucional ha entendido este precepto constitucional como un mandato que es de carácter relativo, puesto que sus titulares son solamente las personas humanas, en concordancia con el artículo 90 del Código Civil que considera persona al que ha nacido vivo, y ha sobrevivido aunque sea un momento a la separación completa de la madre; mientras que al concebido y no nacido se le protege la vida, como valor, pero no como derecho, ya que, al no ser persona, no lo considera titular de derechos, su protección se ha considerado relativa, en especial cuando entra en tensión con los derechos de las personas, como sucede con el caso de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

Así, la Corte Constitucional en la Sentencia C-327 de 2016, al declarar exequible la expresión "principia al nacer" contenida en el artículo 90 del Código Civil, afirma:

(...) La expresión "principia al nacer" del artículo 90 del Código Civil no viola la protección del derecho a la vida establecido por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad, por vía del artículo 93 de la Constitución.

"(...) 67. La determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento no viola el deber de protección de la vida desde la concepción, establecido en el artículo 4.1. de la Convención Americana, ya que la vida como valor es un bien constitucionalmente relevante, pero no tiene el mismo grado de protección que el derecho a la vida. La expresión acusada del artículo 90 del Código Civil tiene en cuenta esta realidad, la cual a su vez protege otros derechos en juego. Por lo tanto, una lectura sistemática del bloque de constitucionalidad indica que la vida prenatal no ostenta la titularidad del derecho a la vida y así la determinación de la existencia legal de la persona desde el nacimiento, no viola esta garantía por lo que se encuentra ajustada a los parámetros constitucionales (...). (Sentencia C-327, 2016)



El máximo Tribunal Constitucional, en la Sentencia C-355 de 2006, precisa que el *nasciturus* y la persona humana tienen protección jurídica diferente, cuando afirma lo siguiente:

(...) *Nasciturus* y persona humana-Protección jurídica distinta. La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes formas, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamiento jurídico, si bien es verdad, que otorga protección al *nasciturus*, no la otorga en el mismo grado e intensidad que a la persona humana. Tanto es ello así, que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico en estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina un grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas en cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas en materia de aborto, incluidas la penal en aquellos aspectos en que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres. (Sentencia C-355, 2006) (el subrayado es nuestro).

Además, la Corte Constitucional, en el año de 1998, sostuvo que este grupo, el de los *nasciturus*, también se encuentra protegido por los derechos fundamentales que la Constitución Política reserva para los niños; dice que son sujetos de derechos y que no todos los derechos fundamentales podían ser reconocidos al concebido, antes de su nacimiento. Así, en la sentencia T-223 de 1998, se afirma:

“El grupo, los llamados *nasciturus*, se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales. La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada uno (sic) de los



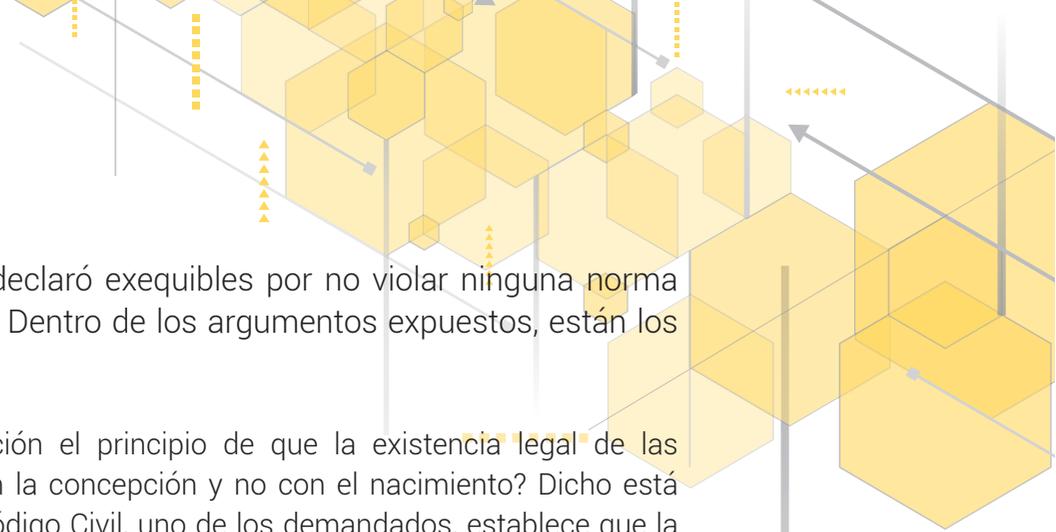
derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicen exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aun (sic) no ha dejado el vientre materno" (Sentencia T-223, 1998).

En la providencia antes citada, el Máximo Tribunal Constitucional afirma que algo similar sucede con los derechos de rango legal, derivados, no de "las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva", y se dice:

Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración del principio según el cual "el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto que le favorezca", lo cierto es que, en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento. "Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron". Sólo en el caso de que la criatura muera dentro de la madre, perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatible con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento (Sentencia T-223, 1998).

La Corte Constitucional concluye que "los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el *nasciturus*, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento" y se agrega que, por el contrario, los derechos fundamentales, con las condiciones señaladas, "pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado".

Del mismo modo, se pronunció la Corte Constitucional, en la Sentencia C-591 de 1995, cuando estudió la exequibilidad de los artículos 90, 91 y 93 del Código Civil, en relación con la existencia legal de las personas, comienzo



de la vida humana, y los declaró exequibles por no violar ninguna norma de la Constitución Política. Dentro de los argumentos expuestos, están los siguientes:

¿Consagra la Constitución el principio de que la existencia legal de las personas comience con la concepción y no con el nacimiento? Dicho está que el artículo 90 del Código Civil, uno de los demandados, establece que la existencia legal de las personas comienza en el momento del nacimiento, es decir, cuando la criatura sobrevive a la separación completa de la madre. Para que el razonamiento en que se funda la demanda fuera acertado, tendría que demostrarse que la Constitución, por el contrario, establece que la existencia legal principia con la concepción.

A juicio de la Corte, la Constitución no establece que la existencia legal de la persona principie en el momento de la concepción. No existe una sola norma de la cual pueda sacarse tal conclusión. Posiblemente por esto, la demanda se funda en la supuesta violación de normas que no se refieren ni siquiera indirectamente al tema: el preámbulo, el artículo 1o., el 2o., el 5o., el 11, el 12, el 13, el 14, el 94. (Se subraya) (Sentencia C- 591, 1995)

Es decir, que en Colombia la jurisprudencia de la Corte Constitucional sostiene que el concebido y no nacido es titular de derechos constitucionales, pero no son de carácter absoluto sino relativos, puesto que prevalecen los derechos de las personas y no tienen todos los derechos constitucionales, exigibles desde la concepción; además, se ha afirmado que el *nasciturus* tiene derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre él y se radican en cabeza suya desde la concepción, pero solo pueden hacerse efectivos, sí y solo sí, acaece el nacimiento.

## La protección legal del *nasciturus* en materia civil

Por otra parte, en la normativa sustancial civil, se encuentra el artículo 90 del Código Civil, que dice:

La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.

La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás (Código Civil de Colombia, 2019).

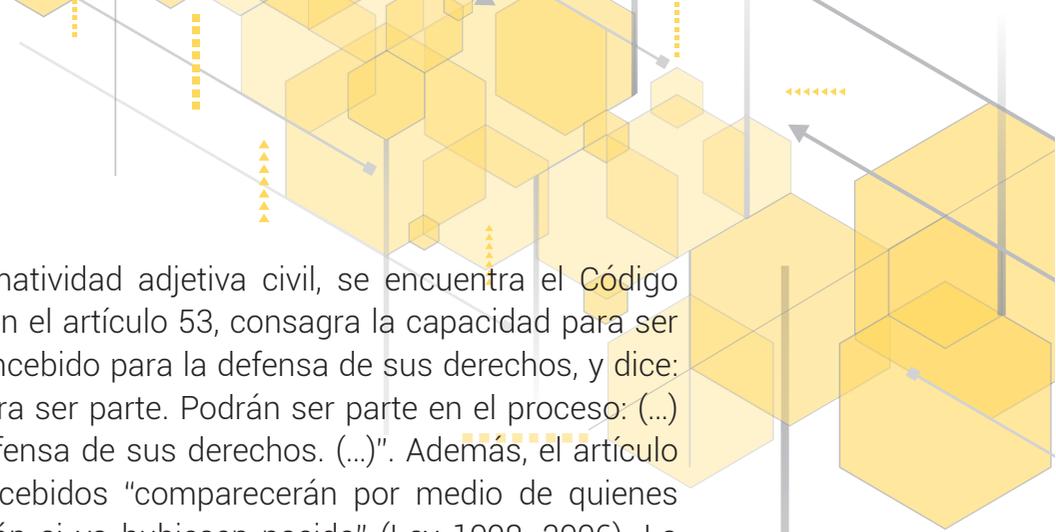


La doctrina con fundamento en la norma antes citada del Código Civil, ha expuesto las condiciones para que un *nasciturus* se considere persona a la luz del derecho civil colombiano, así Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz (2000) sostienen que son las siguientes: 1. El nacimiento se verifica cuando el ser humano se ha separado completamente de la madre, según el artículo 90 del Código Civil, esto es, que se haya cortado totalmente el cordón umbilical; 2. Así mismo, el ser humano debe haber vivido, una vez realizada la separación completa del vientre materno, un momento siquiera; 3. Finalmente, se exige que el nacido con vida sea un ser humano.

También, el artículo 91 del Código Civil preceptúa que la Ley protege la vida del que está por nacer, y prevé que: “El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”.

Además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 93 del Código Civil, los derechos de la criatura que está en el vientre materno estarán suspensos, hasta que el nacimiento se efectúe y el artículo 1019 establece que el no nacido tiene derecho a heredar por testamento o abintestato, derecho que se consolida si nace vivo, y que se reputará no haber tenido si muere antes de separarse completamente de la madre. Además, el concebido tiene derecho a alimentos, en virtud del artículo 24 de la Ley 1098 de 2006, que dispone: “La mujer grávida podrá reclamar alimentos a favor del hijo que está por nacer, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad”. Es de resaltar que, los alimentos no son exclusivamente para la madre, sino que también lo son para el que está por nacer; según afirman Ariza *et al.* (2019), debido a la relación que existe entre la madre y el feto, es de gran importancia la alimentación materna para el adecuado desarrollo embrionario y fetal, el cual depende de los hábitos nutricionales saludables de la madre.

Así mismo, se encuentra que las normas sustantivas civiles no le reconocen la personalidad jurídica a los concebidos, debido a que se condiciona su reconocimiento al hecho del nacimiento y que haya sobrevivido un momento siquiera a la separación de la madre. A pesar de lo anterior, el legislador consideró que sus derechos civiles quedan pendientes hasta su nacimiento, y en algunos casos, como sucede con los alimentos, se pueden reclamar antes de su nacimiento.



Por otra parte, en la normatividad adjetiva civil, se encuentra el Código General del Proceso que, en el artículo 53, consagra la capacidad para ser parte en el proceso del concebido para la defensa de sus derechos, y dice: "Artículo 54. Capacidad para ser parte. Podrán ser parte en el proceso: (...) 3. El concebido para la defensa de sus derechos. (...)". Además, el artículo 54 establece que los concebidos "comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiesen nacido" (Ley 1098, 2006). La doctrina procesal moderna distingue entre las nociones de parte procesal y la de capacidad para ser parte. Quintero y Prieto (2008, p. 419) precisan que la diferencia entre la capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer al proceso, es la misma que existe en el derecho civil entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

Entonces, en Colombia, con el artículo 53 del Código General del Proceso, se le reconoce al concebido la capacidad para ser parte en un proceso, para la defensa de sus derechos, sin que se haga referencia al tema de las obligaciones; y el artículo 54 consagra que los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación, si ya hubiesen nacido. Es decir, que en la norma procesal se ha hecho un avance al permitir que el *nasciturus* tenga capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en el proceso, a pesar de no haberlos reconocido expresamente como personas, esto es un avance en la protección de sus derechos de carácter patrimonial en Colombia.

Si bien las normas antes citadas del Código General del Proceso son un adelanto desde el punto de vista legislativo, no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ya había estudiado este tema en diferentes providencias como en la Sentencia 091 de 2001, con ponencia del Magistrado José Fernando Ramírez Gómez, proferida en el expediente Nro. 5708, cuando se sostuvo en relación con el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte del *nasciturus*, lo siguiente:

(...) 1. A partir de asimilar el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte al sustancial de la capacidad de goce, el inciso 1º del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, atribuye la primera a "Toda persona natural o jurídica", por el hecho de serlo... Con todo, como de tiempo atrás lo tienen averiguado la doctrina y la jurisprudencia, la aptitud para ser sujeto de la relación jurídico-procesal, se admite, así no cuenten con personalidad propia, del *nasciturus* para hacer valer los derechos que



a él le corresponderían y de los patrimonios autónomos, tales como la herencia, la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, la comunidad, entre otros". (Se subraya) (Sentencia 091, 2001)

En síntesis, de lo antes expuesto se puede afirmar que, en Colombia, las normas sustanciales civiles no le reconocen la personalidad jurídica a los concebidos, y le condicionan sus derechos al hecho del nacimiento y a que haya sobrevivido un momento siquiera a la separación de la madre, es decir, quedan pendientes estos derechos, y, en algunos casos, como sucede con los alimentos, se pueden reclamar antes de su nacimiento, lo que constituye además una protección para la madre.

En relación con las normas procesales civiles, el Código General del Proceso, en su artículo 53, encontramos que es un avance en el ordenamiento jurídico colombiano, en relación con los conceptos clásicos del Código Civil, ya que reconoce al concebido la capacidad para ser parte en un proceso, para la defensa de sus derechos, sin que se haga referencia al tema de las obligaciones; y el artículo 54 consagra que los concebidos comparecerán por medio de quienes ejercerían su representación si ya hubiesen nacido, esto es un avance en la protección del ejercicio de los derechos de carácter patrimonial para el concebido. Esta visión del ordenamiento procesal nacional de protección de los derechos del que está por nacer, se ajusta a los avances de la ciencia, en el siglo XXI.

## ●● El concepto de la persona humana y su protección

### El concepto de la persona humana

Una vez precisado el concepto de *nasciturus* y el alcance de su protección en la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional y en las normas sustanciales y procesales civiles, se hace necesario determinar el concepto de persona y el alcance de su protección, para poder concluir si este tratamiento se ajusta a la época actual.

En primer lugar, el Diccionario de la Real Lengua Española precisa el origen etimológico de la palabra persona, dice que proviene del latín "*persona*", que significa máscara de actor, personaje teatral, y esta palabra a su vez proviene del etrusco "*phersu*", y a su vez del griego "*πρόσωπον πρόσῳρον*".



En relación con el significado etimológico de la palabra persona, el tratadista Lacalle (2013) sostiene que los filólogos han dado versiones distintas de su origen. Según la primera versión, se deriva del vocablo griego **prosopon**, que significaba cara, semblante, rostro, y afirma que la empleaban para nombrar las caretas o máscaras que utilizaban los actores en las representaciones teatrales, con el objeto de resaltar las características de los personajes y poder ser vistos desde lejos. Posteriormente, pasó de designar estas caretas, a significar a los personajes que las llevaban. Una segunda versión etimológica explica que la palabra persona proviene del término latino **persono**, que significa resonar o sonar mucho, y sostiene que la voz persona se utilizó para referirse a la máscara del actor porque, al declamar con ellas, su voz adquiriría una mayor resonancia, desde este significado se explica también el sentido de la palabra personaje de una tragedia o comedia, que igualmente tuvo persona para los latinos.

El doctrinante Álvarez (2010) afirma que, en el derecho romano, se llamó personas a los sujetos poseedores de derechos. "**Persona est homo statu civili praeditus**, Persona es el hombre dotado de un estado civil" (p. 21), para ello había de ser ciudadano romano, no extranjero, libre, no esclavo y padre de familia. Es decir, solo el varón romano padre de familia era considerado persona. Se agrega que parece ser que los griegos no tuvieron una idea de la persona en cuanto a la "personalidad humana", ya que dicha concepción se inicia en el cristianismo, elaborándose en un primer momento en términos teológicos, se dice que fueron los teólogos que elaboraron los dogmas del Primer Concilio de Nicea, en el año 325, los que inicialmente dan forma a este concepto. «La cuestión nuclear del debate fue la relación entre "naturaleza" y "persona" en Cristo. El Concilio se manifestó tanto contra los que atribuían a Cristo una sola "naturaleza", como contra los que le negaban una "naturaleza" humana. Se estableció que Cristo tiene una doble naturaleza, la divina y la humana, pero tiene sólo una persona, la cual es única e indivisible» (Álvarez, 2010, p. 22).

Además, se agrega que en la Edad Media los autores se ocuparon de estudiar la naturaleza racional individual de la persona, como San Anselmo (1035-1109) y Santo Tomás (1225-1274), el cual sostiene que "Persona designa el soporte individual racional" (Álvarez, 2010, p. 23).

Posteriormente, en el Renacimiento y la Modernidad, el hombre deja de contemplarse como parte de la naturaleza para ser considerado el dueño y señor de ella. Ser persona era estar por encima de la naturaleza, ser libre



frente a ella y tener una dignidad que no tienen los seres naturales, por ejemplo, Pico Della Mirándola (1463-1494) afirma que la dignidad del hombre es haber sido creado para contemplar la naturaleza y elegir libremente la clase de persona que quiera ser, y a Descartes, quien en una actitud dualista de enfrentamiento a la naturaleza, "concibe la persona como una materia pensante, opuesta a la materia extensa que constituye la naturaleza".

En el siglo XX, el concepto de persona ha tenido cambios trascendentales, como lo afirma el tratadista Juan Carlos Álvarez (2010), en especial en dos aspectos, el estructural y las actividades. En relación con la estructura, se ha abandonado progresivamente la concepción substancialista de la persona, se ha buscado hacer de ella un centro dinámico de actos y, respecto a sus actividades, se ha resaltado, además de las racionales, las volitivas y las emocionales.

Dentro de los doctrinantes contemporáneos se encuentra a María Lacalle Noriega, quien sostiene que "La persona humana es el individuo de naturaleza humana, la realización existencial de lo humano. Cada ser humano es persona, un ser singular, incomunicable, único, irrepetible e irremplazable" (Álvarez, 2010, p. 230).

## La protección de la persona humana

La doctrina ha resaltado la importancia de la persona en el Derecho, es así como Lacalle (2013) afirma que "Sin persona no hay derecho. La persona es el fundamento del Derecho y de todo el orden jurídico" (p. 12). Sin que exista ninguna duda en relación con la importancia de la persona para el Derecho, es necesario precisar el concepto jurídico de la persona humana, natural o física, se determina que el estudio se hace en el ordenamiento jurídico colombiano. Para el efecto, se tendrá en cuenta la reglamentación constitucional, los tratados internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 Superior, y, por supuesto, la noción legal.

En primer lugar, la Constitución Política de 1991 en su artículo 5 reconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona, sin discriminación alguna, también contempla su personalidad jurídica, en el artículo 14, y le garantiza a toda persona el derecho de libre asociación. En este contexto, la Constitución Nacional responde a las exigencias internacionales, en relación



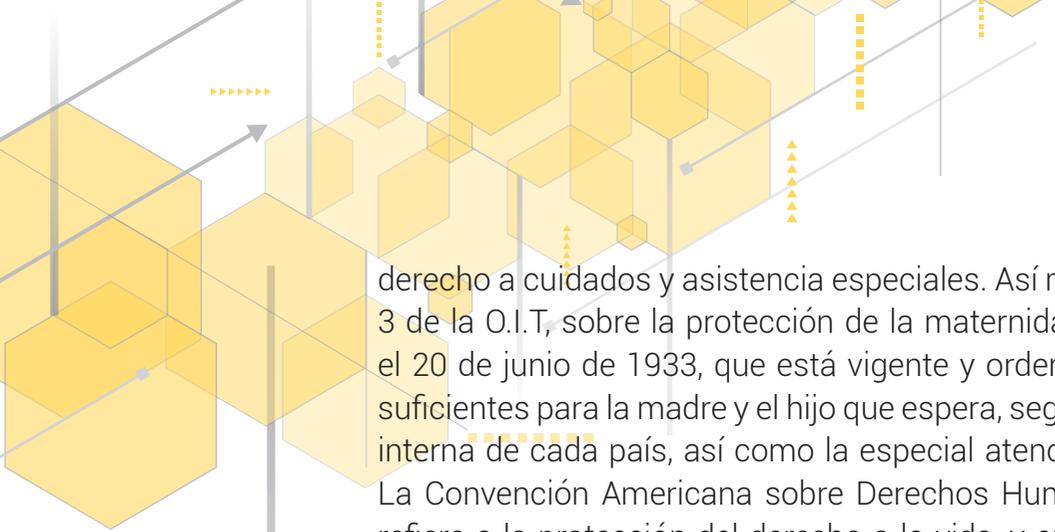
con la necesidad de proteger los derechos humanos, los cuales fueron reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que fue adoptada por la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París, en su Resolución 217 A.

Por otra parte, en relación con el reconocimiento de la personalidad jurídica en la Carta Fundamental, como afirma Cepeda (1991), es producto de la comunidad internacional “frente a los excesos y desmanes de la Alemania nazi que había privado en forma arbitraria y masiva a muchos individuos de su personalidad jurídica antes de someterlos a abusos en su integridad personal” (p. 110). Es así como se impone al Estado, el deber de concederle personalidad a todo ser humano por el solo hecho del nacimiento.

Por último, como sostiene Valencia y Ortiz (2002) con la protección constitucional de la persona humana, de una parte, se “concede a todo hombre la aptitud para ser titular de derechos y para gozar de la protección del Estado, cuando en ejercicio de la autonomía privada de su voluntad desee adquirir derechos y contraer obligaciones” (pp. 294-295), y de otra parte, el derecho de crear asociaciones, o de abstenerse de hacerlo, o si estas ya existen, el de ser parte integrante, “también lo faculta para ejercitar sus derechos, tanto en la misma asociación como frente a terceros y para desarrollar el objeto o actividad pretendida al asociarse” (pp. 294-295).

En relación con los tratados internacionales, se debe tener en cuenta, como punto de partida, la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, la cual en su artículo primero reconoce que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, y en su artículo segundo establece que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esa Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Además, Colombia ha suscrito gran cantidad de tratados internacionales que protegen a las personas en diferentes temas, pero se hace especial referencia a los tratados internacionales que protegen a la maternidad, empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual en el artículo 25 numeral 2 establece que la maternidad y la infancia tienen



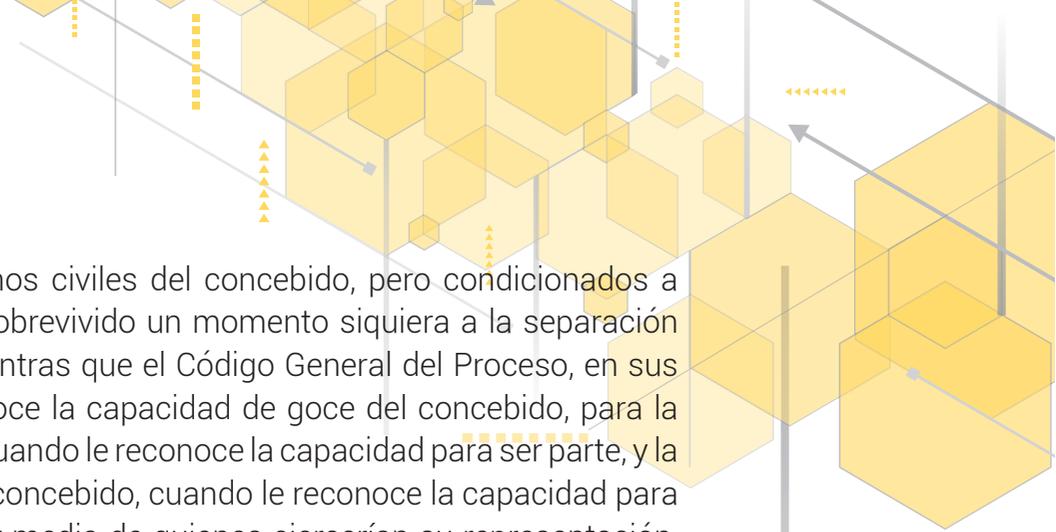
derecho a cuidados y asistencia especiales. Así mismo, el Convenio número 3 de la O.I.T, sobre la protección de la maternidad, ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933, que está vigente y ordena el pago de prestaciones suficientes para la madre y el hijo que espera, según lo fijado por la autoridad interna de cada país, así como la especial atención del Estado en el parto. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4, se refiere a la protección del derecho a la vida, y en su numeral primero dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

La Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley número 12 de 1991, establece que el niño necesita la protección y los cuidados especiales tanto antes como después del nacimiento.

Por otra parte, en relación con protección de las personas físicas o naturales en la legislación nacional, en el artículo 74 del Código Civil señala: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estere o condición”.

En consecuencia, en Colombia se protege los derechos de las personas humanas por el Código Civil y la Constitución Política en sus artículos 5 y 14, la Declaración Universal de los Derechos Humanos que fue adoptada por la Tercera Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948 en París, en su Resolución 217 A, y el bloque de constitucionalidad, conformado por los tratados internacionales sobre diferentes temas relacionados con la protección de las personas físicas, *verbi gracia* el Convenio número 3 de la O.I.T, sobre la protección de la maternidad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 4, la Convención sobre los derechos del niño del 20 de noviembre de 1989, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley número 12 de 1991.

Por otra parte, también, en el país se amparan los derechos del *nasciturus*, aunque no en el mismo nivel que los derechos de las personas, es así como la Corte Constitucional ha sostenido que sus derechos constitucionales no son absolutos, sino relativos. El Código Civil en sus artículos 90 y 93, entre



otros, consagra los derechos civiles del concebido, pero condicionados a su nacimiento y a haber sobrevivido un momento siquiera a la separación completa de la madre; mientras que el Código General del Proceso, en sus artículos 53 y 54, le reconoce la capacidad de goce del concebido, para la defensa de sus derechos, cuando le reconoce la capacidad para ser parte, y la capacidad de ejercicio del concebido, cuando le reconoce la capacidad para comparecer al proceso por medio de quienes ejercerían su representación, siendo un avance en la legislación nacional en la protección de sus derechos patrimoniales.

## La necesidad de un nuevo concepto jurídico de la persona humana

Desde el punto de vista legal, en Colombia, el Código Civil en su artículo 74 define a la persona natural y dice que "Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición"; es decir, se refiere a un sujeto reconocido expresamente con efectos legales, que es titular de derechos y de obligaciones, con capacidad de goce y capacidad de ejercicio, cuando llegue a la mayoría de edad. Así, el Derecho reconoce a las personas físicas que son los seres humanos o personas físicas.

Pero, a estos seres humanos, el Derecho colombiano los considera personas solamente cuando han nacido. Así, el artículo 90 del Código Civil precisa desde cuándo se considera que principia la persona humana, y dice que "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás". Así, el *nasciturus* no se considera persona, no se le reconoce el derecho a su personalidad jurídica, mientras no nazca vivo y sobreviva un momento siquiera a la separación de su madre. Solamente se le reconoce una protección legal de carácter patrimonial para algunos efectos, como poder recibir herencias, pero supeditado a que nazca vivo, como lo establecen los artículos 93 y 1019 del Código Civil; además, el concebido tiene derecho a alimentos, en virtud del artículo 24 de la Ley 1098 de 2006. Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, antes analizada, el concebido tiene derechos fundamentales, pero no de carácter absoluto, sino relativos, por las razones ya precisadas.



La regulación de la personalidad jurídica del Código Civil colombiano, antes descrita, si bien es cierto fue un gran adelanto para la época de su expedición, en el año de 1887, en la época actual, siglo XXI, se encuentra que la ciencia y la tecnología han desbordado al Derecho, y, como consecuencia, no se ajusta a las necesidades actuales. Es necesario replantear estas teorías y permitir que se reconozca la personalidad jurídica a los seres humanos desde la concepción. El legislador del siglo XIX no pudo imaginar las implicaciones que traería los avances científicos y tecnológicos del siglo XXI, al Derecho, especialmente en relación con el tema de la personalidad humana, cuando ya empieza a plantearse otras realidades como la personalidad de la inteligencia artificial, los derechos de otras especies vivientes, entre otras.

Actualmente, es urgente que el legislador tenga en cuenta los avances de la ciencia y la técnica, en temas como células madres, fecundación in vitro, investigación con pre-embriones y embriones, clonación, entre otros. Dichos avances tienen relación directa y/o indirecta con el comienzo de la vida humana. Es importante establecer el estatuto jurídico del pre-embrión y del embrión humano, que le aseguren su dignidad humana, puesto que ha dejado de estar protegido naturalmente por el vientre materno, para pasar a estar expuesto en un tubo de ensayo de laboratorio.

Por otra parte, en el siguiente capítulo se aborda el tema del derecho a ser intentado, descorriendo las fronteras entre la vida y la muerte, está dedicado al estudio de la regulación jurídica del fin de la personalidad, pero desde una nueva perspectiva que cuestiona la noción tradicional de fin de la existencia de las personas naturales contenido en el artículo 94 del Código Civil, que constituye otro tema de gran debate y actualidad.



## Referencias

Álvarez, J. C. (2010). *Ser Humano, persona y dignidad*. Editorial Desclée De Brouwer. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliojdmsp/reader.action?docID=3196875&ppg=26>

Ariza, C., De la Rosa, Z., Gutiérrez, M., y Puertas, A. (2019). Alimentación materna y desarrollo fetal. *Revista Lat. Perinatal*, 22(2), 76-84. [http://www.revperinatologia.com/images/2\\_alimentacion\\_materna\\_Dr.\\_Puertas.pdf](http://www.revperinatologia.com/images/2_alimentacion_materna_Dr._Puertas.pdf)

Bonnet, J. (1945). *Elementos de derecho civil*. Editorial Cajicá.

Calvo, A. (2004). El nasciturus como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista. *Cuadernos de bioética*, (2), 283-297.

Callejo, R. C. (1997). *Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido*. Monografía. Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S.A.U.

Cepeda, M. J. (1992). *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*. Temis.

*Código Civil de Colombia*. (2019). Editorial Legis.

*Código Civil de España*. (1889). <https://boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>

Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente 6 de julio de 1991).

Corte Constitucional. (2001). Sentencia 091 (José Fernando Ramírez Gómez, M. P.). [http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csjscc\\_s-091-2001\\_\[5708\]\\_2001.htm](http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csjscc_s-091-2001_[5708]_2001.htm)

Corte Constitucional. (2016). Sentencia C-327 (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2016/C-327-16.htm>

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-355 (Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-591 (Jorge Arango Mejía, M. P.). <https://corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43559351?ga=2.269>

25119.381721657.1560126047-320264500.1559915220

Sentencia T-223. (1998). *Corte Constitucional. Magistrado Ponente doctor Vladimiro naranjo Mesa*. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-223-98.htm>

Enneccerus, L. (1953). *Derecho civil. Volumen I, 13ª revisión por Hans Karl Nipperdey, traducción a la 39ª ed. Alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia española por Pérez González y Alguer* (2.ª ed.). Bosch.

González, P. (2017). La concepción del feto en la legislación romana: entre la esperanza y la herencia. *Gerión Revista de Historia Antigua, Ediciones Complutense*, 35(1), 101-118. ISSN: 0213-0181. <https://revistas.ucm.es/index.php/GERI/article/view/56957>

Henríquez, I. (2006). La regla de la ventaja para el concebido y el aforismo "infans conceptus pro iam nato habetur" en el derecho civil chileno. *Revista de Derecho*, 1(27), 87-113. <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620058004.pdf>

Hung, F. (2009). Una aproximación crítica al estatuto jurídico del concebido no nacido. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (23), 87-112. <https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222963005.pdf>

Josserand, L. (1950). *Derecho Civil. Tomo I, vol. I, revisado y completado por André Bruin, de Cunchillos y Manterola*. Bosch y cía.

Lacalle, N. M. (2013). *La persona como sujeto de derecho*. Editorial DYKINSON.

Lete Del Río, J. M. (1986). *Derecho de las personas*. Tecnos.

*Ley 1098* (Congreso de La República 8 de noviembre de 2006).



Medina, P. J. (2011). *Derecho civil aproximación al Derecho, Derecho de persona*. Editorial Universidad del Rosario.

Ospina, D. (2014). *Revista Cultura y Ocio. El Nasciturus*. <https://diegozpy.wordpress.com/2014/04/13/el-nasciturus/>

Pérez, A. (1992). Fuentes romanas en Las Partidas. *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo*, (4), 215-246. <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/27869/1/04-%20Fuentes%20romanas%20en%20las%20Partidas.pdf>

Quintero, B., y Prieto, E. (2008). *Teoría general del Derecho Procesal* (4.ª ed.). Editorial Temis.

RAE. (2018). Nasciturus. *En Diccionario del español jurídico. Real Academia Española*. Consultado el 30 de junio de 2020. <https://dej.rae.es/lema/nasciturus>

Unicef. (2006). Convención sobre los derechos del niño. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Valencia, Z. A., y Ortiz, M. Á. (2000). *Derecho Civil parte general y personas. Tomo I. Editorial. Temis S.A.*



# Capítulo III

## El derecho a ser intentado: descorriendo las fronteras entre la vida y la muerte<sup>1</sup>

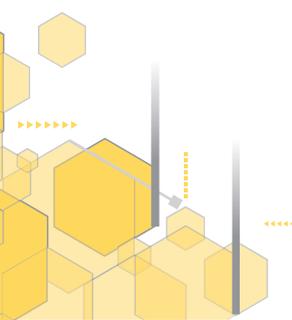
Wilmer Yesid Leguizamón-Arias<sup>2</sup>  
Erika Natalia Santisteban-Abril<sup>3</sup>

1 Capítulo resultado de la investigación jurídica realizada en la monografía jurídica titulada "La pérdida de oportunidad en el derecho a ser intentado", presentado por Erika Natalia Santisteban Abril a la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, en el año 2019, para optar por el título de Abogado, con resultado laureada.

2 Docente investigador adscrito al grupo de investigación Hugo Grocio de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Abogado, egresado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia; Magíster en Derecho, de la Universidad Nacional de Colombia; Doctorando en Derecho Público, Universidad Santo Tomas. Contacto: wyleguizamon@jdc.edu.co, wilmesid@gmail.com

3 Abogada egresada de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, con mención laureada por su monografía jurídica titulada "La pérdida de oportunidad en el derecho a ser intentado" (2019).

\* DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465.03>





# Introducción

La muerte era entendida como la extinción de la vida fisiológica, esto es, la cesación de las funciones biológicas u orgánicas de la persona. Por mucho tiempo, la definición de "muerte", entendida como "el estado que se alcanza cuando ha finalizado el proceso de morir" (Escalante Cobo, 2000, p. 98), se daba por el "el cese de la actividad cardíaca, respiratoria y del sistema nervioso central" (p. 98), y, en consecuencia, "la demostración de la inactividad de cualquiera de estos tres sistemas orgánicos era casi suficiente para el diagnóstico" (p. 98). Prevalecía el concepto generalizado según el cual, la interrupción de cualquiera de dichas funciones, determinaba la de los otros dos, como un efecto dominó. Por esta razón, era fácil identificar la muerte, puesto que se definía como el cese de todas las funciones vitales, y esa era la noción adoptada en el artículo 94 del Código Civil colombiano desde la Ley 57 de 1887.

Pero, a mediados del siglo XX, este concepto se transformó radicalmente con la aparición de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS), que permitieron mantener artificialmente las funciones vitales de respiración y circulación; sin embargo, con la implementación de las UCIS, se empezaron a presentar los casos clínicos de "muerte del sistema nervioso". El hallazgo de la muerte encefálica transformó la idea de muerte que se tuvo por siglos, pues se descubrió que era insuficiente mantener la actividad cardíaca y respiratoria del paciente si no se lograba conservar la función cerebral (Centanaro, 2006). Este hallazgo científico causó todo un revolcón en el derecho, debido a que planteó nuevos problemas respecto a la regulación de la muerte, la determinación de su diagnóstico y sus eventuales efectos jurídicos.

Los descubrimientos científicos continuaron y se profundizó en el descubrimiento de estados de conciencia mínimos que no necesariamente equivalen a la muerte encefálica. En este tipo de escenarios, se abrió paso el derecho a "ser intentado" o "*right to try*", término que aparece por primera vez en Colombia en el año 2015, que encuentra su origen en la legislación estadounidense y que se traduce en el derecho que tienen pacientes con enfermedades terminales o pacientes con estados de conciencia bajos, para que se les apliquen tratamientos en etapa experimental cuando así lo soliciten.

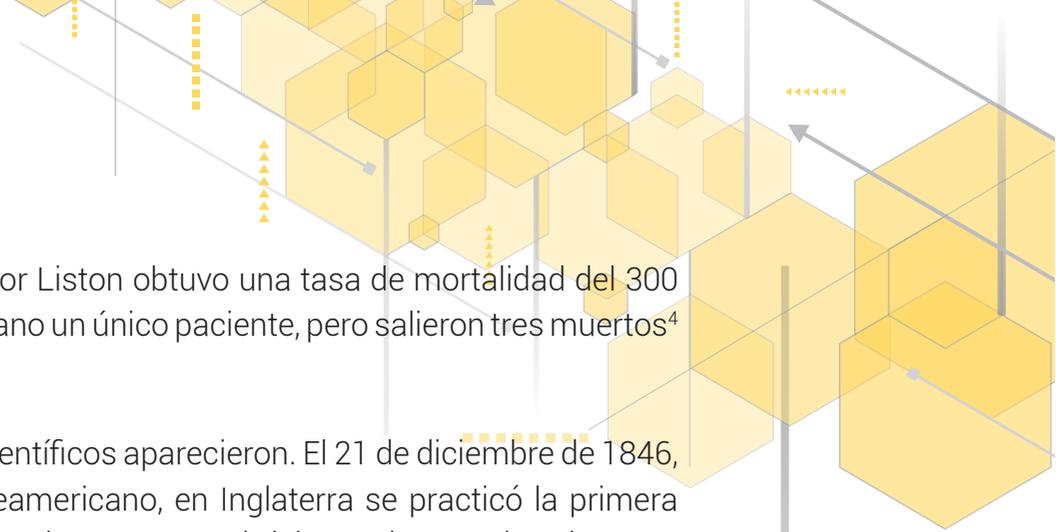
La implementación de este derecho, cuyo desarrollo en Colombia aún es incipiente, puede abrir puertas desconocidas para la medicina en general, la neurociencia como especialidad médica, la bioética y el derecho. Falta establecer los efectos positivos o negativos que puede traer la implementación de este derecho emergente. Por esta razón, en este apartado profundizaremos en uno de sus eventuales efectos desde el punto de vista jurídico: la modificación de la concepción que hasta ahora se tiene de la extinción de la personalidad.

De alguna manera, este apartado propone escenarios hipotéticos como el siguiente: ¿qué puede pasar si a través del derecho a intentar se facilita la implementación de experimentos para revertir diagnósticos de muerte encefálica?

## ● Un breve recorrido histórico por el mundo de la cirugía y la medicina crítica

Aunque la muerte es inevitable, el ser humano ha logrado importantes avances científicos para contenerla y, al menos, brindarle tiempo extra a muchas personas. Hasta el siglo XIX, los cirujanos provenían de una tradición empírica, incluso muchos eran iletrados y ni siquiera hacían parte de la élite de la medicina (Fitzharris, 2018, p. 17). En esa época, el éxito de las cirugías dependía de la habilidad, fuerza y rapidez con que se hacían los cortes y se suturaban las heridas; por esta razón, la cirugía era vista como última opción, aplicable únicamente en casos de vida o muerte. Era una práctica repulsiva, sumamente dolorosa, con alto riesgo de shock y, en caso de que el paciente sobreviviera al procedimiento, tenía que enfrentarse al inminente peligro de contraer una infección mortal. La cirugía, en aquel entonces, era prácticamente una sentencia de muerte.

La historiadora Lindsey Fitzharris explicó que, por estas motivaciones, los procedimientos quirúrgicos no eran tan apetecidos y practicados. En 1840 solo se registraron ciento veinte operaciones en el Royal Infirmary de Inglaterra (Fitzharris, 2018, p. 13), generalmente en extremidades y casi nunca en zonas consideradas como vitales. El riesgo de muerte era inherente a la práctica quirúrgica. De hecho, en alguna ocasión, un procedimiento



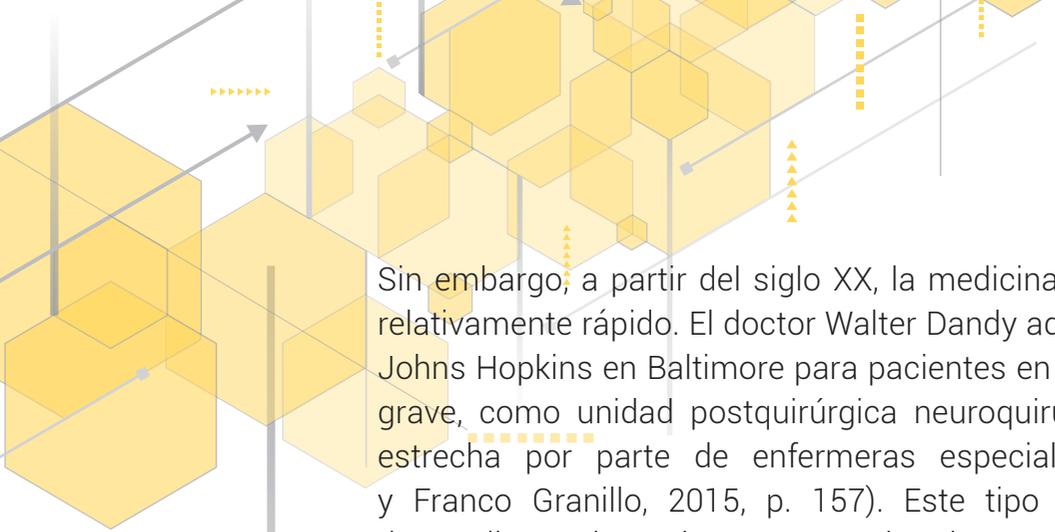
quirúrgico a cargo del doctor Liston obtuvo una tasa de mortalidad del 300 por ciento: ingresó al quirófano un único paciente, pero salieron tres muertos<sup>4</sup> (Fitzharris, 2018, p. 19).

No obstante, los avances científicos aparecieron. El 21 de diciembre de 1846, aplicando un método norteamericano, en Inglaterra se practicó la primera cirugía con anestésicos. Por primera vez en el viejo continente, el paciente no sintió los terribles dolores propios de la amputación. Por esa misma época, los cirujanos se profesionalizaron y, apoyados en los descubrimientos de Pasteur, el cirujano inglés Joseph Lister estableció las bases de la antisepsia y la asepsia, ganando una batalla fundamental contra la muerte a causa de infecciones post operatorias (Fitzharris, 2018). Este contexto hace parte de muchos factores que sirvieron de antesala para impulsar la historia de la medicina crítica en el siglo XX.

La medicina crítica tiene por objeto "la atención del paciente con enfermedad crítica tanto médica como quirúrgica" (Universidad de Antioquia, 2012, p. 2), así como el estudio del espacio físico, la concentración de recursos materiales y la presencia de personal capacitado específicamente en la atención del paciente en situación de gravedad que pone en peligro su vida (Rodríguez Téllez y Franco Granillo, 2015, p. 156). En definitiva, la medicina crítica se define como aquella especialidad "que se ocupa de los pacientes con una patología que haya alcanzado un nivel de severidad tal, que suponga un peligro vital, actual o potencial, susceptible de recuperabilidad" (Vera Carrasco, 2015, p. 77).

Aún existe un debate en torno de los antecedentes de la medicina crítica, que en ocasiones está ubicada en las guerras napoleónicas (Vera Carrasco, 2015, p. 78) o en la guerra de Crimea (Rodríguez Téllez y Franco Granillo, 2015).

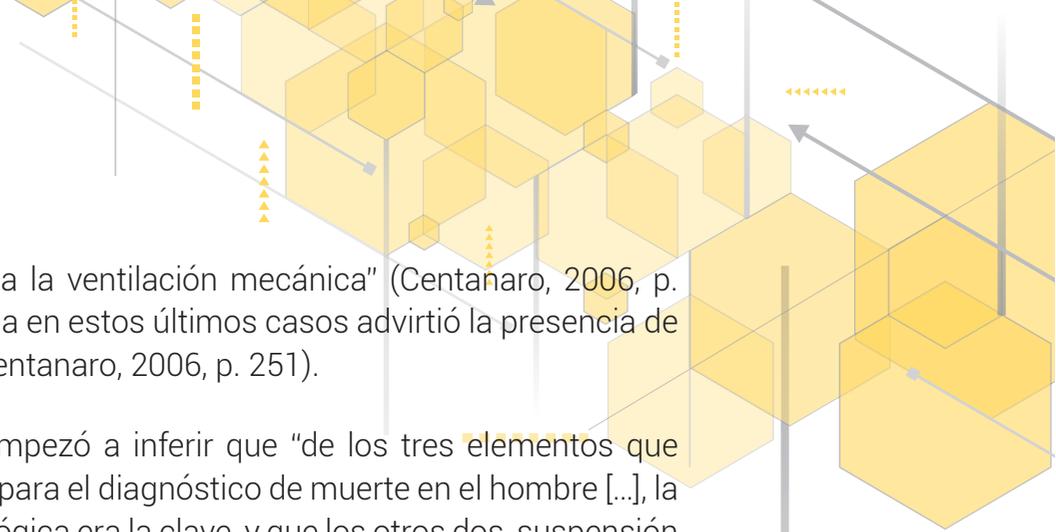
<sup>4</sup> Fitzharris (2018) narra este episodio para explicar la habilidad y velocidad para cortar que en la época tenía el cirujano escocés Robert Liston, quien podía hacer una amputación en menos de un minuto: "En una ocasión, seccionó de manera accidental el testículo de un paciente junto con la pierna que estaba amputando. Su paciente más famoso (y posiblemente apócrifo) lo tuvo en una operación durante la cual actuó con tanta rapidez que cortó tres dedos de su ayudante y, al cambiar de cuchillo, hizo un tajo en el abrigo de un espectador. Tanto el ayudante como el paciente murieron más adelante de gangrena y el desafortunado espectador falleció allí mismo de la impresión. Es la única cirugía de la historia de la que se dice que tuvo una tasa de mortalidad del 300 por ciento" (p. 19).



Sin embargo, a partir del siglo XX, la medicina crítica tuvo un desarrollo relativamente rápido. El doctor Walter Dandy adaptó una sala del Hospital Johns Hopkins en Baltimore para pacientes en condición neuroquirúrgica grave, como unidad postquirúrgica neuroquirúrgica, con una vigilancia estrecha por parte de enfermeras especializadas (Rodríguez Téllez y Franco Granillo, 2015, p. 157). Este tipo de salas continuaron su desarrollo en Alemania por F. Sauerbruch y M. Kirscher (1930) y, bajo esta idea básica, en la Segunda Guerra Mundial se concibieron las salas de recuperación postquirúrgica (Vera Carrasco, 2015, p. 78). Estos avances se complementaron con los desarrollos y descubrimientos asociados a las técnicas de reanimación, uso de antibióticos, la ventilación mecánica, entre otros descubrimientos, dados o aplicados en el contexto de las guerras de Corea y Vietnam (Carrillo-Esper, 2011).

Estos antecedentes fueron claves para el surgimiento de las salas de cuidados intensivos. Pero fue en el marco de la epidemia de la poliomielitis que se presentó en el norte de Europa y Estados Unidos, entre 1947 a 1952, donde se desarrolló la idea de “la ventilación mecánica continua y prolongada, el manejo de la vía aérea y una serie de técnicas y procedimientos desarrollados” (Vera Carrasco, 2015, p. 78), para pacientes “con parálisis respiratoria” (Vera Carrasco, 2015, p. 78). En Alemania, ubican como precursores de este método, a R. Aschenbrenner y A. Donhardt; en Dinamarca, a Lassen, Dam, Ipsen y Poulsen; en Suecia, a Holmdahl; y en Francia, a Mollaret (Vera Carrasco, 2015, p. 78). Todos estos desarrollos permitieron concretar la idea de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS).

No pasaría mucho tiempo para que el uso de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS) generara nuevos descubrimientos. A finales de los años cincuenta, la implementación de las Unidades de Cuidados Intensivos (UCIS) permitiría advertir que la idea de muerte que se tenía hasta entonces era, en cierta medida, errada o al menos limitada, cuando se empezaron a reportar los primeros casos de muerte cerebral. Como lo explica Centanaro (2006), en 1956 se reportaron seis casos de pacientes “con ausencia completa de función neurológica, apnea, reflejos ausentes, hipotensión, poliuria e hipotermia, con ausencia de flujo intracraneano demostrado por angiografía” (p. 251). De acuerdo con el mismo autor, en 1959, neurólogos franceses “reportaron 23 casos de pacientes con daño cerebral masivo y silencio electroencefalográfico, que continuaban «vivos» sin signos de



actividad cerebral gracias a la ventilación mecánica" (Centanaro, 2006, p. 251). La autopsia practicada en estos últimos casos advirtió la presencia de "necrosis cerebral total" (Centanaro, 2006, p. 251).

A partir de entonces, se empezó a inferir que "de los tres elementos que clásicamente se utilizaban para el diagnóstico de muerte en el hombre [...], la ausencia de función neurológica era la clave, y que los otros dos, suspensión de la actividad respiratoria y cardiocirculatoria, eran elementos secundarios que participaban en el diagnóstico por su efecto desencadenante del cese de las funciones neurológicas" (Escalante Cobo, 2000, p. 98).

En la siguiente década, se continuaron registrando casos similares, con la evidencia existente, en 1968 el Comité de la Facultad de Medicina de Harvard formuló el primer criterio para la determinación de la muerte a partir de un daño encefálico permanente. Nace entonces el concepto de "*brain death*" (Centanaro, 2006, p. 251). Centerano aclara que, en el idioma español, el término adecuado es "muerte encefálica", puesto que "el término inglés "*brain*" se refiere realmente al encéfalo, que incluye además el tallo cerebral y el cerebelo" (Centanaro, 2006, p. 251).

Este nuevo diagnóstico de la muerte cambió la perspectiva que se tenía de ella hasta entonces, motivando transformaciones significativas en el derecho. Anudado a lo anterior, se han generado numerosas revisiones respecto a los criterios de muerte encefálica, y en 1994 la Academia Americana de Neurología, a partir de la investigación comisionada a Eelco Wijdicks, generó el "Reporte de la Academia Americana de Neurología para determinación de muerte encefálica en adultos" (1995), constituyéndose en una de las principales guías para el diagnóstico por muerte encefálica (Centanaro, 2006).

## La muerte encefálica y sus debates jurídicos en el contexto colombiano

Colombia no ha sido ajena a los debates relacionados con la definición de muerte encefálica y sus efectos jurídicos. El primer problema se dio, por ejemplo, con la expedición de la Ley 9° de 1979, porque pretendió reglamentar la donación de órganos y la certificación de muerte, pero sin referirse expresamente a la muerte encefálica.

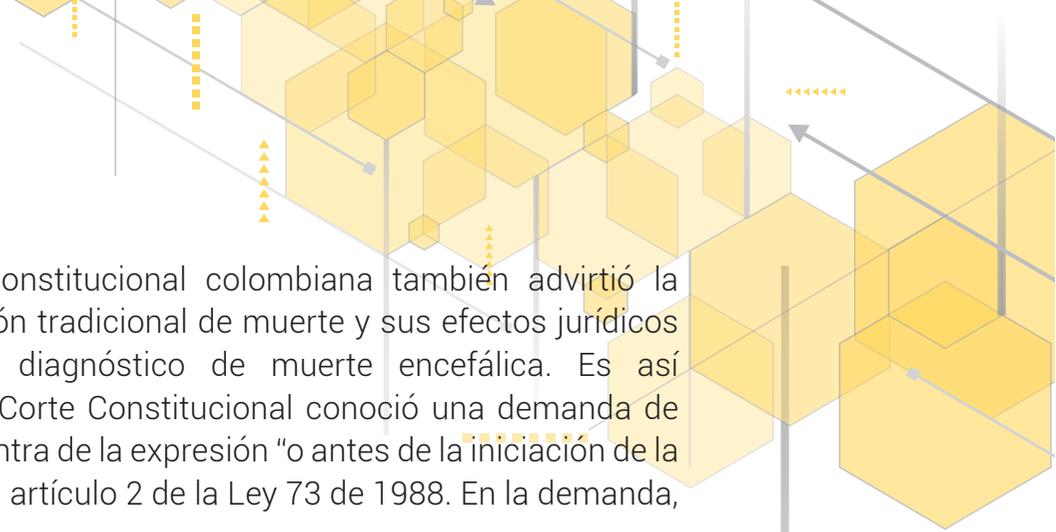


Este problema se resolvió con la expedición de la Ley 73 de 1988, que estableció algunas disposiciones en materia de donación, pero refiriéndose de forma expresa a la muerte cerebral, con el fin de aplicar una presunción legal en materia de donación de órganos. No obstante, no profundiza respecto al alcance y diagnóstico de la muerte cerebral.

Este segundo problema es resuelto por el Decreto Nro. 1546 de 1998, "Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 9ª de 1979, y 73 de 1988, en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares". El precitado decreto cambia el término de "muerte cerebral" por el de "muerte encefálica", definiendo esta última como "el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando en forma irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico, comprobada por examen clínico" (Decreto Nro. 1546, 1998, Art. 1).

La norma en comento también precisó que, para proceder con el diagnóstico de la denominada "muerte encefálica", se deberían constatar por lo menos los siguientes signos: ausencia de respiración espontánea, pupilas persistentemente dilatadas, ausencia de reflejos pupilares a la luz, ausencia de reflejo corneano, ausencia de reflejos óculo vestibulares y ausencia de reflejo faríngeo. Asimismo, la norma advierte que el diagnóstico de muerte encefálica no es procedente cuando en la persona exista cualquiera de las siguientes condiciones: alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles o hipotermia inducida.

Posteriormente, se expidió el Decreto Nro. 2493 de 2004 que mantuvo la definición de muerte encefálica y definió los criterios para su diagnóstico, teniendo en cuenta factores como la edad en mayores y menores de dos años. En el mismo sentido, establece una nueva excepción para proceder con tal diagnóstico para los pacientes bajo el efecto de medicamentos o sustancias depresoras del sistema nervioso central y relajante musculares. Además, introduce dentro del protocolo para el diagnóstico de muerte encefálica que, por lo menos, dos médicos (de los cuales uno de ellos debe ser especialista en ciencias neurológicas) la certifiquen.



De otro lado, la Corte Constitucional colombiana también advirtió la transformación de la noción tradicional de muerte y sus efectos jurídicos como consecuencia del diagnóstico de muerte encefálica. Es así como, en el año 2007, la Corte Constitucional conoció una demanda de inconstitucionalidad en contra de la expresión “o antes de la iniciación de la autopsia médico-legal” del artículo 2 de la Ley 73 de 1988. En la demanda, se argumentó lo siguiente:

(...) esta disposición vulnera el derecho de los familiares de una persona fallecida, a oponerse a la extracción de los órganos y componentes anatómicos del cadáver de ésta, ya que la iniciación de la autopsia médico-legal o necropsia puede tener lugar en cualquier momento luego de declarada la muerte encefálica, y por tanto puede anular el derecho que tienen los familiares a oponerse, no dando espacio para dicha oposición, o puede restringir indebidamente el plazo de seis horas consagrado en la ley para que opere la presunción legal de donación. (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

Respecto al concepto de muerte y los problemas jurídicos derivados de ella, la Corte consideró que no es un tema pacífico, puesto que suscita diferentes debates éticos, filosóficos, religiosos, morales, antropológicos e incluso sociológicos, respecto al concepto de muerte que debe adoptarse para efectos de trasplantes de órganos vitales. Este aspecto es crucial, en razón de que se debe diferenciar con claridad cuándo alguien está muriendo de alguien que está muerto.

Por eso, es fundamental para el derecho contar con “un diagnóstico adecuado y certero respecto de la muerte de un ser humano (...) pues a partir de la declaración de la muerte se extinguen tanto los derechos como las obligaciones de la persona jurídicamente considerada” (Corte Constitucional de Colombia, 2007). De esta manera, la Corte recordó que el ordenamiento jurídico colombiano admite dos formas para determinar la muerte de una persona natural:

1. Por el cese irreversible de la función cardiorrespiratoria que oxigena a todo el organismo, incluido el cerebro. 2. Por el cese irreversible de la función cerebral que regula y controla todo el organismo. La muerte cerebral es aceptada como una manera de morir desde el punto de vista médico, ético y legal, no sin que existan serias discusiones al respecto, y es el tipo de muerte que consagró el legislador colombiano. (Corte Constitucional de Colombia, 2007).



La definición de muerte, el consentimiento de los familiares en materia de donación de órganos y los problemas jurídicos asociados a estos aspectos, fueron claves para establecer los límites constitucionales a la regulación de la donación de órganos *post mortem* y el alcance de tal presunción de legal.

Sobre este último aspecto, el máximo tribunal constitucional también encontró diferentes posibles interpretaciones a la presunción legal de donación establecida en el artículo 2 de la Ley 73 de 1988 y, en tal sentido, consideró viable la constitucionalidad de la presunción legal de donación, según la cual:

Quando una persona durante su vida se haya abstenido de ejercer el derecho que tiene a oponerse a que de su cuerpo se extraigan órganos o componentes anatómicos después de su fallecimiento, si dentro de las seis (6) horas siguientes a la ocurrencia de la muerte cerebral o antes de la iniciación de una autopsia médico-legal, sus deudos no acreditan su condición de tales ni expresan su oposición en el mismo sentido.

La constitucionalidad de la expresión acusada se declaró bajo el entendido de que la regla “o antes de la iniciación de la autopsia médico-legal”, debe asegurar, en ausencia de declaración de voluntad de la persona fallecida, el ejercicio efectivo del derecho de los familiares a oponerse a la extracción de órganos o componentes anatómicos con fines de donación y trasplante: a) el término para oponerse será mínimo de seis (6) horas y solo cuando la necropsia haya sido previamente ordenada, se extenderá hasta antes de su iniciación; y b) el médico responsable debe informar oportunamente a los deudos presentes sus derechos en virtud del artículo 2º de la Ley 73 de 1988, sin perjuicio de la obligación del Estado colombiano de realizar campañas masivas de información y divulgación sobre el contenido de la ley (Corte Constitucional de Colombia, 2007).

Las posturas frente a la muerte también variaron. En este sentido, la Corte Constitucional colombiana introdujo la tesis según la cual, el derecho fundamental a vivir en forma digna también implicaba el derecho a morir dignamente, puesto que “el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad” (Corte Constitucional de Colombia, 1997). Para la Corte, la consideración de la persona como sujeto moral, su dignidad humana y la prohibición constitucional de cualquier trato cruel o inhumano, justificaban que, en el marco del consentimiento informado, un paciente con una



enfermedad terminal que además padecía de terribles sufrimientos, podía “rehusar determinados tratamientos que objetivamente podrían prolongar la duración de su existencia biológica pero que él considera incompatibles con sus más hondas convicciones personales” (Corte Constitucional de Colombia, 1997).

Así las cosas, el deber estatal de protección de la vida podía ceder “frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna” (Corte Constitucional de Colombia, 1997). Desde entonces, el derecho y la sociedad colombiana entraron en un fuerte debate en torno a lo que debería entenderse como muerte digna. Sin embargo, el derecho a ser intentado, parece ofrecer otra alternativa o, al menos, presenta otro escenario para los pacientes con enfermedades terminales más allá de la eutanasia.

## Algunos antecedentes del derecho a ser intentado

El derecho “a ser intentado” o *“right to try”* ha tenido un importante desarrollo legislativo en los EE. UU. Un ejemplo es la ley del Estado de Colorado, aprobada el 17 de mayo de 2014, que le dio la oportunidad a los enfermos terminales para que pudieran acceder a procedimientos experimentales no aprobados por la Administración de Alimentos y Medicación Federal (Duque, 2018, p. 147). Esta tendencia fue seguida por cerca de la mitad de los estados de la unión. En 2018, se promulgó la ley que salvaguarda el derecho “a probar”, cobijando y unificando el criterio en todo el territorio de los Estados Unidos, representando una solución para pacientes con enfermedades terminales y acceder a medicamentos experimentales a través de un proceso mucho más simplificado en relación con regulaciones antecedentes.

En el caso colombiano, las primeras providencias de la misma Corte que tuvieron alguna relación con tratamientos experimentales, fueron conservadoras en el sentido de negar las solicitudes para aplicar tratamientos experimentales, al considerarse que no se ajustaban a los parámetros legales que se debían tener en cuenta para el otorgamiento excepcional de beneficios de salud por fuera del POS (Corte Constitucional de Colombia, 1999). De hecho, invocando expresamente el artículo 37 de la Ley del Plan de Desarrollo 508 de 1999, la Corte encontró que un requisito fundamental



para autorizar un tratamiento médico por fuera del POS, era precisamente que se acreditara fehacientemente que no se trataba de un tratamiento experimental.

En el año 2001, la Corte reiteró su posición respecto al tratamiento experimental, al decidir una solicitud de tutela que buscaba la protección del derecho a la salud a partir de la autorización de trasplante de médula mieloablatoivo “con donante no relacionado en el exterior”, y que evidentemente se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS).

En aquella oportunidad, la Corte consideró que la protección del derecho a la salud implica garantizar el acceso a servicios cuyo nivel de efectividad sea determinable. En tal sentido, para que un tratamiento médico pueda considerarse como una alternativa terapéutica aceptable, es necesario que se someta a un proceso de acreditación debidamente certificado por la comunidad científica y los organismos regulatorios competentes; de manera que, los tratamientos considerados como experimentales o que no han tenido la aceptación correspondiente, no pueden ser susceptibles de financiación con cargo a los recursos del sistema de salud y seguridad social (Corte Constitucional de Colombia, 2001).

Hasta este momento, para la Corte resultaba razonable que el sistema de seguridad social en salud no tuviese que asumir costosos tratamientos experimentales. Esta postura fue morigerada en el año 2005, al considerar “la prohibición absoluta del financiamiento de actividades, intervenciones, procedimientos, medicamentos e intervenciones experimentales con recursos provenientes del sistema puede resultar desproporcionada y por lo tanto vulneradora del derecho a la salud” (Corte Constitucional de Colombia, 2005). Así que, de acuerdo con su nueva postura jurisprudencial, cada juez de tutela debería ponderar en cada caso concreto, según el acervo probatorio y la información científica arrojada al proceso.

El precedente jurisprudencial de 2005 fue extendido a los medicamentos no autorizados por el INVIMA. En este sentido, la Corte señaló que:

Cuando un médico tratante considera que cuenta con información técnica y científica para usar un medicamento, como se indicó, su opinión sólo podrá ser controvertida con base en información del mismo carácter (...). Por tanto, los medicamentos que aún no han sido autorizados por el



INVIMA deben ser suministrados cuando una persona los requiera, con base en la mejor evidencia científica disponible. (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

En 2013, la Corte precisó la subregla según la cual, para conceder la aplicación de un tratamiento experimental, se debe acreditar que no existe un sustituto válido y, por lo tanto, no puede reemplazar los procedimientos terapéuticos incluidos en el POS (Corte Constitucional de Colombia, 2011).

## El cambio de precedente y el reconocimiento del “derecho a ser intentado” más allá de las enfermedades terminales

Con fundamento en el artículo 94 de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional colombiana reconoció el derecho innominado “A ser intentado” de pacientes con enfermedades terminales, extendiendo, además, su aplicación *mutatis mutandis*, para pacientes con “alteración de conciencia”, como el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (*persistent vegetative state*, PVS) o de conciencia mínimo (*minimally conscious state*, MCS) (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

La Corte Constitucional determinó que existe un derecho “A ser intentado” o “right to try”, que encuentra su origen en la expansión de la garantía del derecho fundamental a la salud, a la vida y es un derecho inherente a la dignidad humana. En este sentido, se plantea la necesidad de cambios en el ordenamiento jurídico que permitan su articulación con los avances científicos y el consentimiento informado de pacientes que no encuentran otra alternativa en los tratamientos convencionales. En el contexto colombiano, se comenzó a evidenciar que era necesario la incorporación de este derecho, debido a que, con la censura para acceso a tratamientos experimentales ya consagrada en la ley 1751 de 2015, que se negaba a los pacientes la oportunidad de explorar otras opciones, como si estuvieran condenados a padecer sus enfermedades sin resguardar esperanzas de rehabilitación, curación o mejora (Caicedo, 2016).

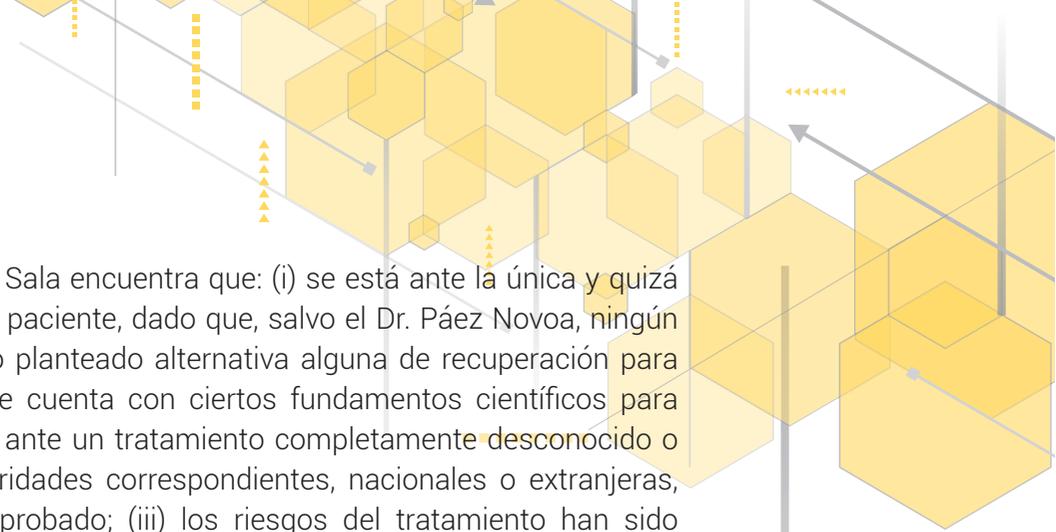


El derecho “a ser intentado” presenta otra perspectiva del derecho a la salud y la vida digna para pacientes terminales y con alteraciones de conciencia, en la medida en que les permite agotar “todas las posibilidades científicas existentes, incluso de carácter experimental, siempre y cuando se cuente con la orden del médico tratante” (Corte Constitucional de Colombia, 2015). Esta postura jurisprudencial se desató cuando el máximo Tribunal Constitucional estudió el caso de una joven de 29 años de edad, quien se encuentra actualmente en estado vegetativo desde el 31 de julio de 2009, como consecuencia de un accidente de tránsito, su diagnóstico actual es “estado vegetativo persistente (vigil)”, razón por la cual su padre Mario Rivera interpuso acción de tutela solicitando el tratamiento “estimulación espinal epidural cervical”, como única alternativa para mejorar la calidad de vida de su hija a partir del concepto y recomendación de su médico tratante el neurocirujano Maximiliano Páez Nova.

La complejidad del fallo proferido por el alto tribunal radica en que el tratamiento se encuentra en etapa experimental y no tiene la aceptación de toda la comunidad científica. Los familiares de una persona en estado vegetativo persistente (Corte Constitucional de Colombia, 2015). En el caso concreto, apelando a algunas reglas jurisprudenciales previas, el alto tribunal analizó los diferentes conceptos científicos que apoyaban o criticaban el tratamiento solicitado por el accionante y, a partir de las reglas de la sana crítica aplicadas sobre tales conceptos, estableció el siguiente razonamiento:

Efectivamente, existe una controversia científica acerca de la idoneidad del tratamiento. Quienes se oponen a la realización de tratamiento aceptan, al menos, la existencia de ciertos resultados alentadores para el caso de los pacientes que se encuentran en estado de mínima conciencia, tal y como sucede con Mairoby, según certificó su médico tratante.

Sin que le corresponda a la Corte entrar a cuestionar las calidades y conocimientos científicos de quienes se oponen a la realización del tratamiento, lo cierto es que se aportó al expediente una bibliografía muy reciente y completa, que da cuenta de los avances que han tenido en la materia grupos de investigadores de Japón, Estados Unidos y Francia. Quiere ello decir que no estamos en presencia de una postura aislada y testaruda de un médico, quien ha conceptualizado en varias ocasiones en relación con la necesidad de la práctica del procedimiento de estimulación espinal epidural cervical.



Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que: (i) se está ante la única y quizá última opción para una paciente, dado que, salvo el Dr. Páez Novoa, ningún médico ha propuesto o planteado alternativa alguna de recuperación para la joven Mairoby; (ii) se cuenta con ciertos fundamentos científicos para afirmar que no se está ante un tratamiento completamente desconocido o novedoso, así las autoridades correspondientes, nacionales o extranjeras, todavía no lo hayan aprobado; (iii) los riesgos del tratamiento han sido explicados a los familiares, los cuales los han asumido; y (iv) el médico que le ha venido haciendo un seguimiento permanente a la evolución de la paciente, tiene la firme convicción de que el tratamiento propuesto brinda una "luz de esperanza" en la materia. (Corte Constitucional de Colombia, 2015).

Como puede advertirse con facilidad, el supuesto fáctico que debe resolver la Sala encuadra perfectamente en los contenidos del derecho fundamental, innominado a "que sea intentado" o "right to try", para el caso de los pacientes en estado vegetativo persistente (PVS) o de conciencia mínimo (MCS).

En contraste con el precitado racionamiento de la H. Corte Constitucional y pasando a hacer estudio concreto del derecho "A ser intentado", el Dr. Maximiliano Páez Novoa, médico tratante de la joven Mairoby Rivera Taborda, y precursor de la concesión y reconocimiento del carácter de fundamental del derecho "A ser intentado"; relata:

El derecho a ser intentado fue una opción que se ofreció a la ley colombiana para llegar y darle la oportunidad a las personas de acceder a la mayor cantidad de tratamientos disponibles en beneficio de esa enfermedad que no tiene nada más que hacer, creció muy paralela y a posteriori de la intención en jurisprudencia de Colombia del derecho a morir dignamente, para nosotros fue muy curioso cómo se promovía el derecho de muerte digna, con el cual estoy totalmente de acuerdo, pero no había un derecho a vivir dignamente y sucede que para vivir dignamente hay que intentarlo porque nada en la vida del ser humano se logra sin intención y sin acción, entonces se promovió el derecho a intentarlo a propósito de vivir con dignidad, además con morir con dignidad.

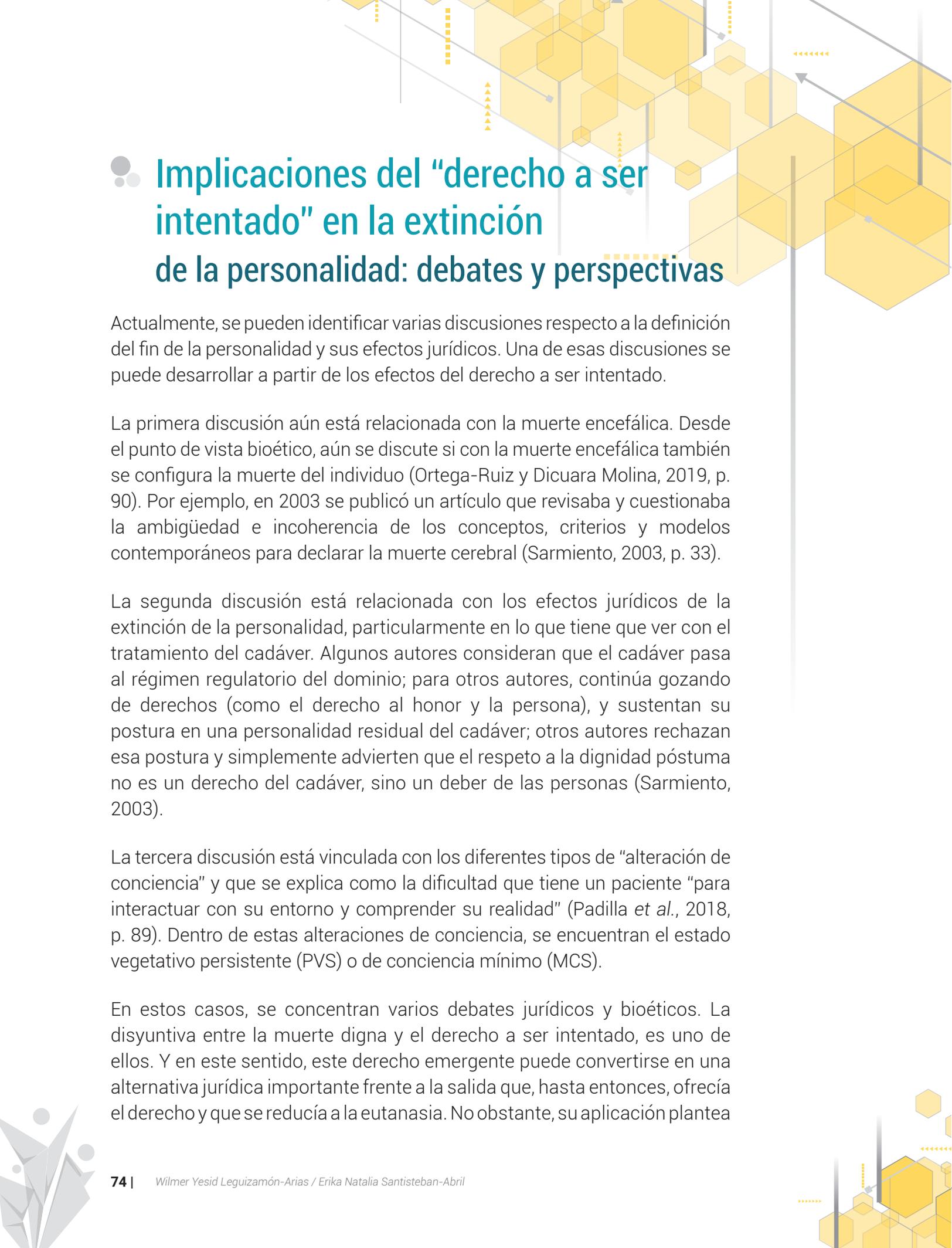
Indudablemente, el derecho "A ser intentado" por definición representa una oportunidad, como han salido los medicamentos y tratamientos en el mundo ¿acaso es que toda la vida hemos sabido lo que sabemos? El conocimiento al menos desde el punto de vista científico se adquiere con la experiencia, que son los pacientes que somos los seres humanos, así es que han sucedido varias cosas en el mundo, la gran ventaja que tiene el derecho a ser intentado es que



lo está pidiendo el paciente, no el médico. Todas las patologías tienen algún beneficio del derecho a intentar, le pongo un ejemplo una patología que no es infrecuente que es la principal causa de muerte después del trauma craneoencefálico, que es carcinoma y pongamos el carcinoma de seno la principal causa de muerte en Colombia y en el mundo es el cáncer del seno. (Apartado tomado de la monografía jurídica titulada "la pérdida de oportunidad en el derecho "A ser intentado", producto de la entrevista realizada por la abogada Erika Natalia Santisteban Abril al médico Maximiliano Páez Novoa, vía Skype de fecha 19 de octubre de 2019).

Otro aspecto importante que aporta el diálogo directo sostenido con el neurocirujano funcional Maximiliano Páez Novoa, es un relato postoperatorio que da cuenta de la trascendencia del derecho "A ser intentado" en la continuidad de la vida del paciente, él expresa como en los resultados de la "estimulación epidural cervical" en Mayroby Rivera Taborda:

La espasticidad de cuatro extremidades mejoró ostensiblemente, empezó a tener mucho más contacto por su familia y empezó a reconocer más comandos establecidos por la página 107 de 132 personas, ya tenía muchas mayores expresiones faciales, colaboraba analiza el concepto, colaboraba un paciente de estado de conciencia mínimo colaboraba con sus terapias, paso de estar rígida dura como una tabla a estar sentada en una silla de ruedas, es decir que todas las enfermedades que se asocian al decúbito prolongado como: neumonía, zonas de presión, ulceración y problemas gastrointestinales cambiaron por el solo hecho de ser capaz de sentarse, y si no tiene espasticidad se le puede hacer aseo en las cuatro extremidades, hay que entender la diferencia de una persona rígida a una persona que ahora se puede mover cómodamente, que se le puede hacer aseo, que se le puede abrir la entrepierna para llegar y limpiar la región genital e impedir que tenga una infección de vías urinarias con su propia materia fecal. Que además de eso entre en contacto con su familia, que se ría de un chiste, eso para mí es mucho teniendo en cuenta que la paciente estaba en una situación en la que "no había nada que hacer" ¡pero claro que sí había mucho que hacer! (Apartado tomado de la monografía jurídica titulada "la pérdida de oportunidad en el derecho "A ser intentado", producto de la entrevista realizada por la abogada Erika Natalia Santisteban Abril al médico Maximiliano Páez Novoa, vía Skype de fecha 19 de octubre de 2019).



## ● Implicaciones del “derecho a ser intentado” en la extinción de la personalidad: debates y perspectivas

Actualmente, se pueden identificar varias discusiones respecto a la definición del fin de la personalidad y sus efectos jurídicos. Una de esas discusiones se puede desarrollar a partir de los efectos del derecho a ser intentado.

La primera discusión aún está relacionada con la muerte encefálica. Desde el punto de vista bioético, aún se discute si con la muerte encefálica también se configura la muerte del individuo (Ortega-Ruiz y Dicuara Molina, 2019, p. 90). Por ejemplo, en 2003 se publicó un artículo que revisaba y cuestionaba la ambigüedad e incoherencia de los conceptos, criterios y modelos contemporáneos para declarar la muerte cerebral (Sarmiento, 2003, p. 33).

La segunda discusión está relacionada con los efectos jurídicos de la extinción de la personalidad, particularmente en lo que tiene que ver con el tratamiento del cadáver. Algunos autores consideran que el cadáver pasa al régimen regulatorio del dominio; para otros autores, continúa gozando de derechos (como el derecho al honor y la persona), y sustentan su postura en una personalidad residual del cadáver; otros autores rechazan esa postura y simplemente advierten que el respeto a la dignidad póstuma no es un derecho del cadáver, sino un deber de las personas (Sarmiento, 2003).

La tercera discusión está vinculada con los diferentes tipos de “alteración de conciencia” y que se explica como la dificultad que tiene un paciente “para interactuar con su entorno y comprender su realidad” (Padilla *et al.*, 2018, p. 89). Dentro de estas alteraciones de conciencia, se encuentran el estado vegetativo persistente (PVS) o de conciencia mínimo (MCS).

En estos casos, se concentran varios debates jurídicos y bioéticos. La disyuntiva entre la muerte digna y el derecho a ser intentado, es uno de ellos. Y en este sentido, este derecho emergente puede convertirse en una alternativa jurídica importante frente a la salida que, hasta entonces, ofrecía el derecho y que se reducía a la eutanasia. No obstante, su aplicación plantea



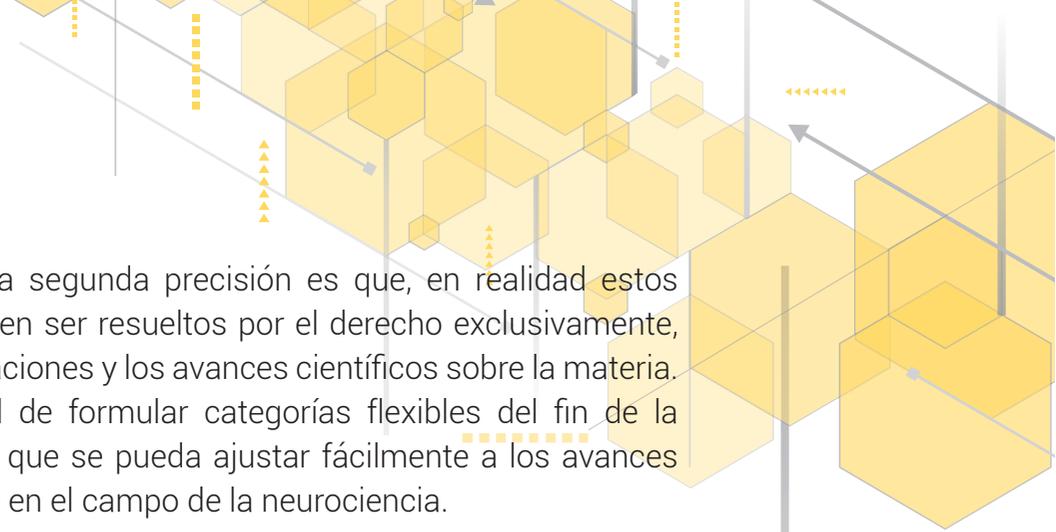
varios retos: la implementación de consentimientos informados mucho más exigentes, el desarrollo de protocolos bioéticos que salvaguarden al paciente de sufrimientos injustificados y que evidentemente no pueda expresar, entre otros.

A pesar de los constantes descubrimientos científicos, el ser humano aún no conoce todo el universo de la conciencia y la mente. Se conoce el cerebro y su funcionamiento, pero aún no está clara la interacción de este con "las experiencias subjetivas" (Noah Harari, 2016, p. 128), que se pueden sentir a través de la mente. Por esta razón, cada vez que se llena una zona oscura en el mapa de la mente y la conciencia, se generan transformaciones significativas que trascienden a variados campos del conocimiento, siempre y cuando se desarrollen bajo estrictos protocolos bioéticos.

Y el cuarto debate en relación con la redefinición del concepto de muerte, eventualmente se abriría a partir de la implementación del derecho a ser intentado en diagnósticos de muerte encefálica. En 2019, la revista Nature (2019, vol. 568, pp. 336-343), publicó la investigación de un grupo de científicos titulada "*Restoration of brain circulation and cellular functions hours post-mortem*" (Vrselja et al., 2019). Dicha investigación reportó la recuperación de la actividad celular y circulatoria en el cerebro de un cerdo que había muerto cuatro horas antes.

Aunque la investigación aún está en fases previas y solo se ha corroborado en un animal, permite plantear varios escenarios futuros en relación con la redefinición de fin de personalidad y el derecho a ser intentado. Piense el lector en el siguiente caso hipotético: la investigación para la recuperación de la actividad celular y circulatoria en el cerebro está lista para practicarse en humanos y se realiza con éxito en un cerebro humano que horas antes había sido diagnosticado con muerte encefálica. La aplicación de este experimento plantea varios interrogantes: ¿es procedente el derecho a intentar después de diagnosticada la muerte encefálica?, ¿cuál es el estatus jurídico aplicable al cuerpo objeto de este experimento?, ¿sigue gozando de personalidad jurídica en virtud del derecho a intentar o simplemente se somete al régimen jurídico aplicable a los cadáveres humanos?

Sobre este caso hipotético y sus cuestionamientos subyacentes, se deben hacer dos precisiones: la primera es que este caso no tiene una intención predictiva, simplemente busca plantear un posible escenario que dependerá



del desarrollo científico. La segunda precisión es que, en realidad estos cuestionamientos no pueden ser resueltos por el derecho exclusivamente, se depende de las investigaciones y los avances científicos sobre la materia. Pero plantea la necesidad de formular categorías flexibles del fin de la personalidad jurídica, para que se pueda ajustar fácilmente a los avances científicos, particularmente en el campo de la neurociencia.

## Referencias

- Caicedo, A. (2016). Del Derecho Fundamental Innominado A Ser Intentado En La Jurisprudencia Constitucional Colombiana. *Revista Universidad Católica de Colombia*, 1(1), 1-46. <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2664/1/derecho%20fundamental.pdf>
- Carrillo-Esper R (2011). La educación en la unidad de cuidados intensivos. *Cir Cir.*, 79, 92-99.
- Centarano, G. (2006). Guía para el diagnóstico de muerte encefálica. En *Guía Neurológica 6: UCI* (pp. 251-258).
- Consejo de Estado, 2001-00757 (Sección Tercera 07 11, 2013). Corte Constitucional de Colombia (1997). Sentencia C-239 1997.
- Corte Constitucional de Colombia (1999). Sentencia SU.819 de 1999.
- Corte Constitucional de Colombia (2001). Sentencia T-597 de 2001.
- Corte Constitucional de Colombia (2005). Sentencia T-1330de 2005.
- Corte Constitucional de Colombia (2007). Sentencia C-933 de 2007.
- Corte Constitucional de Colombia (2011). Sentencia T- 418 de 2011.
- Corte Constitucional de Colombia (2013). Sentencia T- 180 de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia (2015). Sentencia T-057 de 2015.
- Duque, M. (2018). Precedente constitucional en materia de "derecho a ser intentado" o "right to try" para tratamientos experimentales. *Revista CES Derecho*, 1(9), 143-163.
- Escalante Cobo, J.L. (2000). Muerte encefálica. Evolución histórica y situación actual. *Revista Medicina Intensiva*, 24(3), 97-105.
- Fitzharris, L. (2018). *De matasanos a cirujanos* (J. Chamorro Mielke, Trad.). Penguin Random House Grupo Editorial S.A.S.



Noah Harari, Y. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Editorial Debate.

Ortega-Ruiz, L. G., y Ducuara Molina, S. A. (2019). El cadáver humano y su incidencia jurídica. *Revista Verba Iuris*, 14(42), 73-98.

Padilla-Zambrano, H. S., Ramos-Villegas, Y., de Jesús Manjarrez, J., Pereira-Cabeza, J., Pájaro-Mojica, R. A., Andrade-López, A., Corrales-Santander, H., y Moscote-Salazar, L. R. (2018). Coma y alteraciones del estado de conciencia: revisión y enfoque para el médico de urgencias. *Revista Chilena de Neurocirugía*, 44(1), 83-88.

Rodríguez Téllez y Franco Granillo (2015). Historia y filosofía de la medicina. *Anales Médicos, asociación médica, centro médico A B C*, 60(2), 156-159.

Santiesteban Abril, E. N. (2019). *La pérdida de oportunidad en el derecho a ser intentado* (trabajo de grado para optar por el título de Abogado inédita). Fundación Universitaria Juan de Castellanos.

Sarmiento, P. (2003). ¿Es la muerte cerebral realmente la muerte del individuo? Análisis de una compleja situación clínicobioética. *Persona y bioética*, 7(18), 25-46.

Sentencia C-88 (Corte Constitucional de Colombia 03 02, 2020).

Universidad de Antioquia. (2012). *Documento maestro Programa de especialización en medicina crítica y cuidados intensivos*.

Vera Carrasco, O. (2015). Historia de la medicina. Origen y desarrollo histórico de la medicina crítica y unidades de cuidados intensivos en Bolivia. *Revista de medicina*, 21(2), 77-90.

Vrselja, Z., Daniele, S.G, Silbereis, J., Talpo, F., Morozov, Y., Sousa, A., Tanaka, B., Skarica, M., Pletikos, M., Kaur, N., Zhuang, Z., Liu, Z., Alkawadri, R., Sinusas, A., Latham, S., Waxman, S., y Sestan, N. (2019). Restauración de la circulación cerebral y funciones celulares horas post-mortem. *Nature*, (568), 336-343. <https://doi.org/10.1038/s41586-019-1099-1>



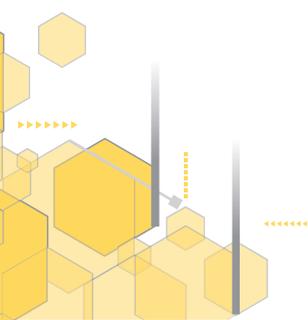
# Capítulo IV

## Relaciones de consumo con los niños, niñas y adolescentes

José Eduardo Valderrama-Velandia<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Doctorando en Derecho Público, Universidad Santo Tomás; Magíster en Derecho énfasis en Derecho Mercantil, de los Contratos y Negocios Internacionales, Universidad Sergio Arboleda; Abogado, Universidad Antonio Nariño. Docente de Derecho Privado en la Fundación Universitaria Juan de Castellanos en Tunja. Docente Cursos de Extensión Universidad Antonio Nariño. Secretario de Tribunal de Arbitraje de los Centros de Conciliación de la Cámara de Comercio de Duitama y Tunja. Conciliador en Derecho. Operador en Insolvencia de persona natural no Comerciante Ley 1564 de 2012. Abogado Litigante. Correo electrónico jevalderrama@jdc.edu.co

\* DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465.04>





# Introducción

La legislación colombiana tiene hondas raíces en la protección de los niños, niñas y adolescentes, elevándose como pilar fundamental la protección a este sector de la población en todos los escenarios de la sociedad. Es así que, el principio del interés superior de los menores es recogido en el ordenamiento jurídico colombiano, y es el principal derrotero en el análisis de la normatividad relacionada con los menores. Por lo tanto, no puede quedar fuera de este estándar las relaciones de consumo, en la cual, los niños, niñas y adolescentes son agentes determinantes, y a quienes el Estado, la familia y la sociedad debe respuestas satisfactorias.

Hacer la lectura de la Ley 1480 de 2011 a la luz del interés superior del niño, demanda ampliar la óptica con la que se ve al niño, niña y adolescente en la economía de mercado, y, sin dudas, el protagonismo que ha adquirido en las últimas décadas.

Súmese a esto que la actual generación de niños, niñas y adolescentes ha crecido con información económica y del mercado a la mano, y, con ello, la influencia constante de todos los canales de comunicación, a través de los cuales tienen contacto directo con publicidad, recursos financieros, y la determinación en el mercado, en un océano de bienes y servicios dirigidos a la población infantil. A la par de este escenario, está la empresa, actor indiscutible de la economía de mercado, que procura cada vez instrumentos innovadores que comuniquen a la población todos sus productos, y los diferencien en el mercado.

Bajo esta realidad, el legislador colombiano se ha preocupado especialmente de la protección del consumidor, y para los fines de este trabajo, se analiza la normatividad relevante en la protección de los niños, niñas y adolescentes en la relación de consumo, sin dejar de lado disciplinas como la economía, imprescindible para determinar la eficacia en la protección del consumidor, contrastando con la protección constitucional y legal desarrollada de antaño, lo cual establece un importante bagaje normativo para la protección de los partícipes del mercado, como lo son los niños, niñas y adolescentes.

Se parte, por lo tanto, de plantearse desde el estudio de la norma, y las ciencias que contribuyen a una adecuada lectura, alcanzando un análisis descriptivo de la protección del consumidor en el ordenamiento jurídico colombiano, obteniendo planteamientos ante la protección de los niños, niñas y adolescentes en un mercado de consumo. No solo basta abordar el tema desde la órbita legal, además se hace necesario abordarlo desde aspectos económicos, sociales y educativos; así, para estudiar el consumismo infantil, es indispensable acoger conceptos e ilustraciones de ciencias económicas, sociales y hasta políticas, llegando a tener un abordaje interdisciplinar.

Para el desarrollo de esta investigación, se problematiza así: ¿cómo está la legislación colombiana en aspectos de protección de los menores de edad (niños, niñas y adolescentes) en el mercado de consumo? Para resolver este cuestionamiento, se acudirá a una síntesis del ordenamiento jurídico nacional en torno al consumo, el interés superior del niño como derrotero ontológico de interpretación en relación con la protección del niño, niña y adolescente, para proyectar el análisis de la legislación colombiana vigente en un escenario de oportunidades económicas, políticas y sociales.

Abordar el estudio del consumo, y especialmente en la infancia y la adolescencia, demanda el esfuerzo de la metodología transversal, con la apropiación de conceptos y enseñanzas de áreas como la psicología, la sociología, la economía y el mercadeo. No es posible sustentarse en una sola posición metodológica, debido al grave riesgo del sesgo con el cual se abordaría esta investigación.

Con lo cual, con el desarrollo aparejado del concepto de consumismo infantil, analizado a partir de autores sociales y económicos, se enriquece con las síntesis del derecho comparado, con el objeto de evaluar el escenario regional de la legislación colombiana, especialmente en la protección de los niños, niñas y adolescentes en el escenario del consumo de bienes y servicios.

## ● ● La ciudadanía primaveral en la relación de consumo

Se puede pensar que los infantes tienen unas especiales condiciones como sujetos activos del mercado, y eso coloca a los niños, niñas y adolescentes en los escenarios legales y comerciales actuales, y más en el mercado de



una economía que se esfuerza cada día en suplir apariencias en vez de necesidades. Por eso, hoy en día, la industria fija sus intereses en este grupo poblacional y parte de una premisa inobjetable en el mercado de consumo: todo se consume.

Cada vez los medios de comunicación, la publicidad y el marketing, son utilizados por las empresas, fabricantes y productores, quienes dirigen esfuerzos considerables, pero cuestionables, para captar la decisión de los niños, convirtiéndolos en sujetos determinantes en las decisiones para adquirir bienes y servicios, lo que se consideraría como mercantilización de la infancia. Si bien esta perspectiva para la infancia se viene acuñando hace varias décadas, está especialmente en el debate social, político y jurídico por las consecuencias perjudiciales que puede acarrear para la salud mental y física (Buckingham, 2011) de los niños, niñas y adolescentes.

Bauman (2007) insta a una visión del mercado de bienes y servicios, en la cual se encuentran los sujetos que interactúan en este escenario económico, que, hoy por hoy, tienen un alto valor para los intereses consumistas, tanto de los empresarios como de los comerciantes, sin olvidar a los padres de familia, en el cual se encuentra a los *consumidores de jure* (Bauman, 2007), como pueden considerarse a los niños, niñas y adolescentes.

Este consumidor *de jure* que se plantea Bauman, puede comprenderse al consumidor autónomo que David Buckingham<sup>2</sup> plantea. La gente joven se encuentra entre los mercados más importantes de tecnologías, en donde hasta los niños más pequeños forman parte de un grupo de consumo cada vez más fuerte, conllevando que los jóvenes tienen acceso a los medios para adultos, sea a través de televisión, redes o Internet. Por lo tanto, se plantea que la idea del niño vulnerable y la necesidad de protección cede sus campos cada vez más, para dar paso a la idea del niño, niña y adolescente como consumidor autónomo (Buckingham, 2003).

Una amplia conceptualización jurídica y económica del niño, niña y adolescente en todos los escenarios de la sociedad, permite una comprensión apropiada

---

2 Ponencia del Dr. David Buckingham presentada en las III Jornadas Técnicas del Proyecto Educativo de Ciudad "Comunicar y Educar", organizadas por el Instituto de Educación del Adjuntamiento de Barcelona en el marco del Proyecto Educativo de Ciudad, los días 5,6,7 de noviembre del 2002. Este documento ha sido traducido del catalán al castellano gracias al apoyo de la Dirección de Servicios Educativos del Adjuntamiento de Barcelona.



que ayuda a todos los actores políticos, económicos y culturales a realizar el compromiso de un reconocimiento adecuado tanto a sus derechos, como a su propia imagen en la sociedad.

Daniel Thomas Cook (2004, citado por Bauman, 2007) introduce al concepto de la sociedad de consumidores, a los menores de edad. Manifestaba Cook que los derechos de los niños a consumir anteceden en varios aspectos a otros derechos legalmente constituidos, justificado en la entrada de los niños y con su voz, al mercado principalmente en los centros comerciales a través de juegos y participación en roles, todo en el marco de marketing. Por lo tanto, la participación de los niños en el mundo del consumo en tanto como actores determinantes directos e indirectos en la adquisición de bienes y servicios, pero también como personas, refuerza sus estatutos de individuos con derechos, siendo una situación reconocida aun antes del reconocimiento de los derechos de los niños sancionada en 1989 (Cook, 2004, citado por Bauman, 2007, p. 91).

Precisamente considerar al niño, niña y adolescente como persona en la sociedad, lleva a plantearse varias perspectivas de orden filosófico, social, jurídico y económico en torno al trato que se les debe, para ajustar el pensamiento del adulto a la realidad en la que se encuentra la infancia. Una de las principales perspectivas es que el niño, niña y adolescente debe ser reconocido como ciudadano antes que, como consumidor, con el fin de comprender su significado en el mercado.

La legitimación y transformación social que logre condiciones perfiladas para el niño, niña y adolescente, implica la construcción de un consenso social en el que las necesidades e intereses estén plenamente incorporados, no solo en normas y políticas sociales, sino fundamentalmente en el imaginario y en las representaciones sociales (Peralta y Reartes, 2000).

La necesidad de la protección a la infancia contra los abusos, tiene desarrollos reconocibles desde la década de 1980, en la reivindicación de los derechos de los niños contra las desventajas sociales, como son los niños abandonados, hijos de madres o padres adictos, y políticas que protejan a los niños de los abusos sexuales, hasta llegar actualmente a la protección de publicidad dañina o que coloque en riesgo la salud de los infantes. Convertir a los niños en el centro de reivindicaciones, constituye a menudo un medio de gran poder emocional, que reclama aprobación por el medio social, aunque el



objeto que abrace sea mucho más amplio, y muestre las influencias dañinas que impactan en la sociedad, especialmente a los niños, provoca acciones más encaminadas a influir en el comportamiento (Buckingham, 2011) de los padres, la sociedad y el Estado.

David Buckingham destaca como centro de la preocupación, la publicidad y marketing que llega a los infantes y adolescentes, a través de múltiples medios –correo electrónico, redes sociales, televisión, entre otras muchas–, considerando así una infancia en riesgo, en peligro, destacada en una época de ansiedad, estrés y sufrimiento. En la actualidad, es evidente encontrar el bombardeo de publicidad a los consumidores, sin distinción del sexo, la edad o las extracciones sociales, relacionada con la importancia de adquirir algún producto comercial, atendiendo a conservar u obtener la posición social que se desea y sean reconocidos por hacerlo. Así mismo, esos consumidores sentirán sensaciones de incompetencia, deficiencia o sensaciones de inferioridad, si no dan cabida a la apropiación de esos bienes o servicios ofrecidos (Bauman, 2007).

Particularmente, los niños, niñas y adolescentes se encuentran avasallados por medios de comunicación masivos y a un entorno publicitario agobiante, donde ellos construyen su imaginario rodeados de un sinnúmero de imágenes al frente de una pantalla. De esta manera, los niños y adolescentes perciben el mundo a través de los estímulos visuales, y determinan sus criterios de consumo, y por ende para interpretar el mundo que los rodea.

El marketing tiene como objetivo influir en las decisiones de las personas, a cuyo servicio está la publicidad, con la finalidad de influir y persuadir a la gente en lugar de informar. La publicidad puede lograr construir conexiones entre las personas, las marcas y los productos, y pueden influir hasta el punto de moldear el comportamiento social (Ottaviano, 2014). Entonces, no es lo mismo la publicidad, por medio de la cual los empresarios y fabricantes logran captar el poder decisorio de la masa de consumidores, con altísimas cifras en inversión, que la información, como insumo elemental para una elección adecuada de los bienes y servicios que adecuadamente satisfacen las necesidades del consumidor.

En el trabajo de Ortiz Tardio (2008, citado por Ottaviano, 2014b), llamado *El Niño, los Medios y la Publicidad*, se mencionan tres razones que para los anunciantes resulta atractiva la imagen infantil. La primera, el destacado

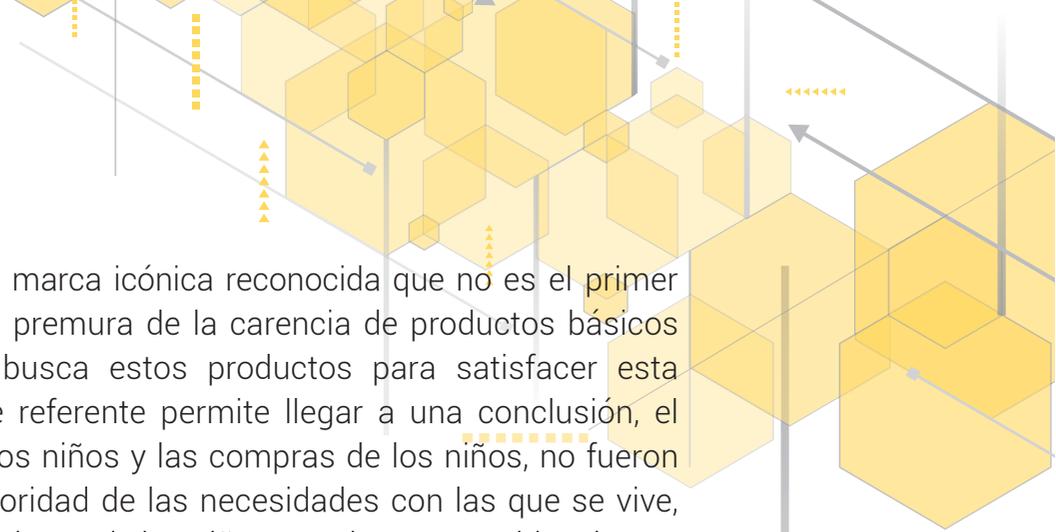


papel como compradores y consumidores debido al incremento del gasto familiar para los hijos, asimismo el aumento de la capacidad adquisitiva de los menores. En segundo lugar, por la creciente influencia que los niños ejercen sobre el consumo familiar y que afecta no solamente a la alimentación, sino a otros bienes y servicios como electrodomésticos, equipos de imagen y sonido, viajes, restaurantes o automóviles. Y, en tercer lugar, por el interés de incorporar cuanto antes a los niños a la actual sociedad de consumo, creándole hábitos de consumo que puedan ser mantenidos en el futuro.

La televisión, la publicidad y el marketing inducen en la voluntad para adquirir bienes y servicios de los niños, niñas y adolescentes, de manera contundente, lo que influye en los padres o la familia en general. Los niños son las víctimas principales de la publicidad desenfrenada, debido a que las técnicas publicitarias son cada vez más sofisticadas, dirigidas a impactar a través de los medios masivos de comunicación a grandes sectores de la población, especialmente los más influenciados (Guerrero, 2002).

En una familia, un menor de 14 años tiende a aumentar la participación de bienes de consumo en alimentos, servicios para el hogar, ropa infantil y educación. Así, analizar el consumo en el entorno familiar es interesante, por cuanto se pueden promover políticas públicas que proyecten y ponderen las consecuencias del consumo en el bienestar familiar. Entre estas políticas, se encontrarían programas de educación natal, modificación a los estatutos de seguridad social y subsidio familiar, planes de nutrición, políticas tributarias y reglamentaciones de vivienda y educación (López de Rodríguez y Gómez, 1977). Se resalta en la microeconomía, la importancia de la composición familiar en las relaciones de consumo, con las debidas implicaciones para el bienestar social, familiar y personal, se ven influenciadas en la composición familiar con niños, niñas y adolescentes.

Respecto de los mecanismos de influencia en la formación de preferencias de consumo de los infantes, entre los 5 y 9 años de edad, de la base de la pirámide de Villavicencio, se encontró un análisis que se realizó atendiendo a la transdisciplinariedad que los mecanismos que influyen en el consumo de los infantes, la influencia de los semejantes, la influencia de la publicidad y compra por necesidad o icónica imponen derroteros en las tendencias de consumo de los niños y niñas. Por ejemplo, en algunos niños se evidenció que las motivaciones que influyen en la compra están inspiradas en las necesidades básicas insatisfechas, debido a que se inclina por comprar el



cepillo que representa una marca icónica reconocida que no es el primer producto a adquirir, por la premura de la carencia de productos básicos personales en el hogar, busca estos productos para satisfacer esta necesidad. Entonces, este referente permite llegar a una conclusión, el nivel socioeconómico de los niños y las compras de los niños, no fueron icónicas, por cuanto la prioridad de las necesidades con las que se vive, tiende a mediar en las elecciones de los niños. Con lo que se evidencia que la influencia de la publicidad icónica no presenta resultados positivos en las ventas para los niños de la base de la pirámide (Cruz Guerrero, 2016).

Sin embargo, la publicidad es una estrategia que no puede pasarse por alto, por cuanto está constantemente en la vida de las personas, y los consumidores son su principal público. Los niños pasan horas del día expuestos a los comerciales en los medios de comunicación, con la finalidad de reforzar los estímulos para lograr influenciar en la decisión de compra de determinado producto. Obviamente, objetivo que los niños desconocen, a pesar de la fascinación que sienten los niños con los comerciales musicales y dinámicos (Cruz Guerrero, 2016).

Este somero panorama impone la necesidad de plantearse al niño, niña y adolescente como un consumidor. Sin embargo, como se plantea en sectores de la doctrina, las dimensiones con las cuales se reconoce a los menores generan diferentes vertientes al respecto, que se abordarán en este trabajo, es una perspectiva en relación a sus derechos y la sociedad de consumo, ciudadano en una sociedad fluctuante entre la información, el consumo y la economía.

Desde el momento en que el niño ha nacido, se puede considerar consumidor, sumándose a esto que contemporáneamente la infancia está sumergida en un mercado de bienes y servicios desde muy temprana edad, desempeñando un papel cada vez más importante por la influencia que tiene sobre los padres, lo que lleva en consecuencia a influir notablemente en el consumo familiar. Es posible describir a los niños, niñas y adolescentes como consumidores de jure, puesto que, gracias a los avances del mercado de bienes y servicios, en relación con la actividad legislativa, los legisladores dan por sentado que los sujetos de las regulaciones son consumidores plenamente desarrollados, y así, el consumidor es fundamento no legal de la ley (Bauman, 2007).

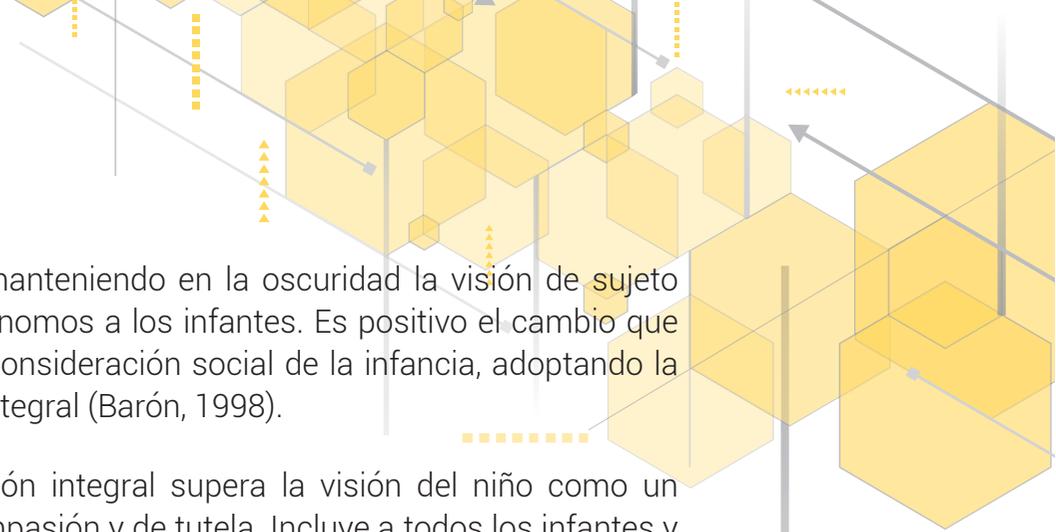
## El interés superior del niño sumergido en la relación del consumo

Para iniciar, al hablar del interés superior del niño, y antes de llegar a la Convención de los Derechos de los Niños de 1989, se hará una somera exploración del contenido histórico, social y jurídico del surgimiento de estos derechos, y su incorporación en el ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, se hace una exploración filosófica y jurídica general, para llegar al principio del interés superior del niño en la legislación colombiana. Entre las innumerables concepciones que se le ha dado a la relación de consumo, esta se puede considerar como un vínculo jurídico, en el que confluyen actores del mercado, de manera directa, como lo pueden ser padres; e indirecta, como son los niños, niñas y adolescentes, que generan obligaciones de carácter especial propio de las relaciones económicas capitalistas de la vida moderna (Latorre Iglesias, 2015), y rompe con los esquemas tradicionales del derecho privado.

Las leyes de protección a los consumidores han nacido en el seno de los modelos económicos imperantes en Colombia, en cada momento particular. Con la Constitución de 1991, el modelo económico adoptado por el Estado colombiano es el de mercado, con tintes sociales. Entrado en la primera década del siglo XX, la economía de mercado está impregnada por altos estándares de consumo, lo que conlleva importantes incrementos en la producción de bienes y servicios.

Con la expedición de la Ley 1480 de 2011, se desarrollan los mandatos constitucionales de los artículos 13 y 78 de la Constitución Nacional, modernizando la legislación sobre protección al consumidor y adecuándola a las directrices sobre el tema adoptadas por la Organización de Naciones Unidas (Sayas Contreras y Tovio Flórez, 2015). Las leyes colombianas para la protección del consumo no son la única respuesta que se tiene a las constantes incógnitas frente al vasto universo de los consumidores. Los infantes son precisamente una de las variables que se asoman hoy por hoy en el mercado, y marcan constantemente pautas y retos para la sociedad.

La doctrina que se desarrolló antes de la Convención de los Derechos de la Niñez en América Latina, era dominada por la teoría de la situación irregular, cuyo rasgo central era considerar al niño, niña y adolescente objeto



de protección por la ley, manteniendo en la oscuridad la visión de sujeto de derechos plenos y autónomos a los infantes. Es positivo el cambio que se produce respecto a la consideración social de la infancia, adoptando la doctrina de la protección integral (Barón, 1998).

La doctrina de la protección integral supera la visión del niño como un minusválido, objeto de compasión y de tutela. Incluye a todos los infantes y no solo a aquellos cuya vida está en peligro, en precariedad de condiciones y compromisos con la justicia. Actualmente, se supera la doctrina de la situación irregular, cuyo propósito era limitado y fuente de grandes arbitrariedades (Freites Barros, 2008).

Por ejemplo, para una muestra del pensamiento liberal, su influencia en particular en relación con la infancia se puede tener en Locke, que es un referente de interés. Para Locke, es interesante demostrar la necesidad de ayuda y protección desde el punto de la incapacidad del niño cuando no tenían la mayoría de edad para autodeterminarse; por lo tanto, se plantea que el poder del padre tiene la misión de alimentar y educar al niño hasta que adquiriese el uso de la razón, entendida en la mayoría de edad, cuando el niño es capaz de conocer el significado de la ley natural como de la ley civil (Castro Gutiérrez y Hernández Vidal, 2009).

Una interesante perspectiva respecto de los derechos del niño, es Kant. Los niños no nacen con derechos civiles o políticos *per se*, pero por el hecho de nacer ostentan unos derechos que pueden titularse como derechos domésticos o naturales, como la protección, cuidado, educación, y está en cabeza de los padres la imposición de ciertos deberes legales, naturales y sociales frente a sus hijos, prerrogativas que se le deben brindar al niño y niña hasta que adquiera la capacidad de satisfacer sus derechos por sus propios medios (Castro *et al.*, 2009, p. 48).

Si bien la noción de persona es aceptada en códigos y doctrina legal, para los niños, niñas y adolescentes se puede acudir a las nociones kantianas, por cuanto funda el planteamiento filosófico liberal, y tienen en cuenta a la persona como depositaria del derecho innato de la libertad; y, por lo tanto, un derecho originario a la libertad, independencia del arbitrio de otro, y con fundamento en dicha titularidad originaria es válido considerar a los niños, niñas y adolescentes seres en condiciones de igualdad frente a los adultos en cuanto a sus derechos, y así ser interlocutores y no meros dependientes de las disposiciones de los adultos (Galvis, 2006).



Desde la Declaración de los Derechos de los Niños, este principio se considera tanto en los actos administrativos como cuando ocurran conflictos de intereses, y debe prevalecer aquello que resulte de mayor beneficio para los infantes y adolescentes (Freites Barrios, 2008). O'Donnell (2000, citado por Luisa Mercedes, Freites Barrios), concluye que este principio tiene su origen en el Derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, y siempre priman los intereses del niño sobre los de otras personas o instituciones.

Así, con la doctrina de la protección integral, ya no se habla de menores sino de niñas, niños y adolescentes o jóvenes, se reconoce la condición de sujetos de derecho, se promueven sus derechos, se reconoce el carácter de personas en desarrollo, capaces de ir, progresivamente, adquiriendo responsabilidades, con potestad para expresar su opinión. Sus garantías son reconocidas y en aplicación de esta tendencia doctrinal son los adultos, las instituciones, los que estarían en condición irregular si no contribuyen con el logro de lo postulado en la Convención de los Derechos del Niño. Niñas, niños y adolescentes pueden involucrarse en aspectos que les conciernen, pero no tienen potestad de tomar decisiones que están fuera de su responsabilidad o aquellas para las cuales su edad y desarrollo no les ofrezcan los elementos necesarios para elegir. En este sentido, se habla de progresividad en el ejercicio de la ciudadanía o, lo que es lo mismo, de la capacidad de disfrutar de derechos y de cumplir con deberes (Freites Barros, 2008).

Con Ekstedt (2002, citado por Freites, 2008), los niños, niñas y adolescentes tienen la condición de sujeto de derechos, que supone un desempeño en los distintos ambientes de la vida ciudadana, de una manera novedosa, que puede considerarse en el principio fundamental de la participación. No es posible participar, sin que se tenga la oportunidad de expresar, libremente, ideas y opiniones, las cuales deben ser recibidas por las personas a quienes se les dirijan, creando condiciones que permitan tanto una comunicación y participación efectiva con su particularidad y perspectiva (Ekstedt, 2002). Esto conlleva a la imperiosa situación de reconocer que los niños, niñas y adolescentes, en su órbita de desarrollo, influyen considerablemente con sus decisiones en la economía doméstica.

En el contexto de la doctrina latinoamericana, Miguel Cillero indica que la cláusula del Interés Superior está situada en un tratado de derechos humanos de los niños, y estos constituyen prescripciones valorativas específicas en



cuanto a su dignidad y, en consecuencia, es la más amplia satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (Garrido, 2013).

La ideología de los derechos humanos reposa en el dogma de la norma vinculada a la esencia del ser de razón, e independiente al medio económico y social, pero este cliché está mandado a recoger, por cuanto si se pretende interesarse en el funcionamiento del sistema económico y los derechos humanos, existen relaciones enriquecedoras y complejas, como por ejemplo, determinar si la economía de mercado implica el reconocimiento de los derechos del hombre o si son estos indiferentes uno de otro (Betancur, 1998). Partiendo de esta premisa, en la cual derechos humanos y economía de mercado aúnan esfuerzos para la comprensión de la sociedad, se puede plantear que no debería existir distinción entre los derechos humanos y la economía, y por contradictoria que parezca, hoy en día, las distancias entre una y otra desaparecen, y están llamadas a unirse en la búsqueda de soluciones para la humanidad.

El derecho del consumo es entonces parte de los derechos humanos fundamentales, de tal forma que cada Estado debe propender por que las empresas y fabricantes, respeten este esencial principio de acceso al consumo digno; filosofía que alza frente al poder y sistema económico, cuya esencia puede descansar en pilares humanistas, de promoción del bienestar general y la calidad de vida (Gherzi, 1998). En un mundo hiperconectado en las redes sociales, y con el vertiginoso crecimiento de los productos y servicios en el mercado, se hace más visible otro agente del mercado, determinante porque, por sus decisiones y opiniones, influyen considerablemente en la función económica de la familia, y se convierte en destinatario de las mareas de publicidad de fabricantes y comerciantes. Se hace referencia al niño, niña y adolescente, quienes surgen como sujetos de estudio, y en el caso particular, de la eficacia de la normatividad colombiana de cara a la protección del consumidor infantil.

La publicidad es la forma de comunicación más elaborada y avanzada, que se favorece de un sinnúmero de elementos o herramientas para lograr conquistar a usuarios y potenciales consumidores en la adquisición de bienes y servicios, con un sistema de difusión cultural de mensajes, para difundir conceptos, hábitos y tendencias en la sociedad de consumo, cuya práctica comunicativa adquiere su peso dentro del contexto de una economía de libre mercado.



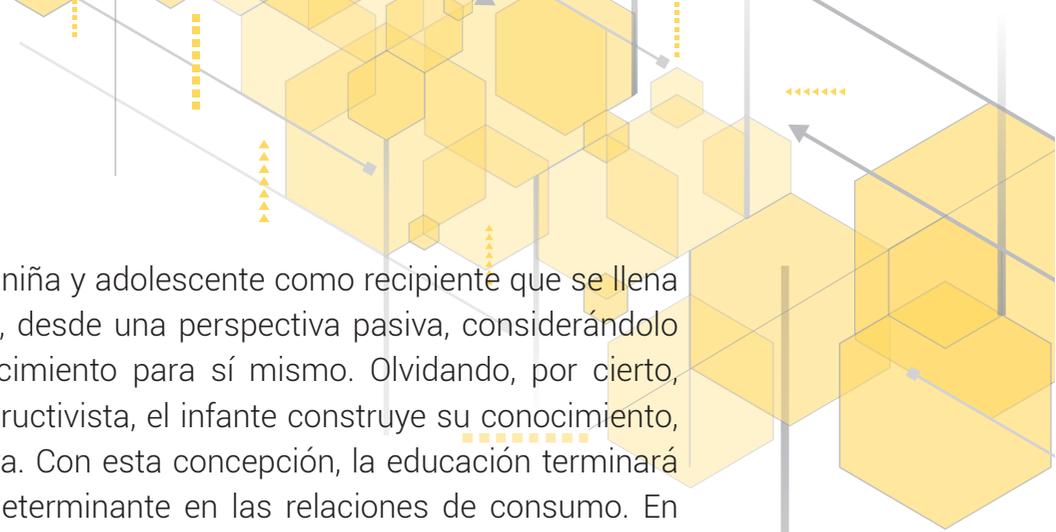
## ¿Se ha definido al consumidor teniendo en cuenta a los niños?

Históricamente, se ha reconocido que, desde 1962, con la proclamación del presidente John F. Kennedy de los tres pilares para la protección de los ciudadanos como consumidores, la información, la seguridad y la libertad de escoger y ser oídos; se comienza a construir en la mayoría de los países del mundo occidental, programas dirigidos a los consumidores por los consumidores para proteger sus derechos, y por parte de los gobiernos, a construir legislaciones acordes a las demandas de los ciudadanos por mejores condiciones de comercio.

El plantearse preguntas alrededor de temas como la relación de consumo y la niñez, significa dar algunos aportes para el vasto campo legal que se desenvuelve alrededor de la infancia, y sumado a los abundantes trabajos que en otras disciplinas económicas, sociales, psicológicas que enfocan sus esfuerzos en determinar causas, consecuencias y respuestas a los fenómenos sociales en torno al mercado. Lo que se plantea es abordar paulatinamente los conceptos necesarios para el desarrollo de este trabajo, con el fin de complementar la interpretación más amplia y suficiente del consumismo infantil, y la protección legal que se le da en los ordenamientos jurídicos.

Tómese en cuenta la siguiente premisa, los niños, niñas y adolescentes son vulnerables en el mercado, y la publicidad influye sobre ellos para convertirlos en consumidores de facto. Premisa que debe atenderse con el cuidado necesario de no establecer conclusiones ligeras. Ante el impacto de la publicidad, el niño está indefenso respecto del adulto para contrarrestar su influencia, debido a que no tiene elementos de juicio que le permitan captar y discriminar todos los mensajes enviados por los medios de comunicación (Barrantes, López y Malluguiza, 1994).

En una sociedad de consumo, es inevitable la evolución mental del menor que, al pasar por distintos escenarios, y adquirir elementos de juicio, hace más significativo sus intereses en la toma de decisiones. Por consiguiente, aparece otra premisa, igual de válida que la anterior, la cual coloca a los niños, niñas y adolescentes en el escenario del mercado, como sujeto determinante al momento de adquirir sus bienes o servicios.



Se ha considerado al niño, niña y adolescente como recipiente que se llena de conocimientos, es más, desde una perspectiva pasiva, considerándolo incapaz de producir conocimiento para sí mismo. Olvidando, por cierto, desde la concepción constructivista, el infante construye su conocimiento, inclusive de forma colectiva. Con esta concepción, la educación terminará convirtiéndose en factor determinante en las relaciones de consumo. En la infancia y la adolescencia, se suscitan intereses por la socialización del consumo, el pensamiento económico, el manejo del dinero, ahorro, el cambio social y económico, todos aspectos interesantes para áreas como la psicología y la economía. Lo anterior indica que, alrededor del individuo se crean pensamientos que, para entenderlos, debe construir sus propias representaciones en dos grandes campos, el político y el económico (Amar, Denegri, Abello y Llanos, 2002).

Para los infantes, la publicidad no es algo ajeno; por el contrario, interactúan permanentemente con ella, y dan significados reconocibles para marcas, productos, emblemas, colores, con los cuales se identifican. Por lo general, relacionado con la comida, ropa, juguetes, lugares, aparatos electrónicos, indicando que no es una situación novedosa en cualquier entorno. Los niños se presentan como consumidores capaces, ya que tienen un amplio manejo y apropiación de las marcas que les han cautivado o han despertado su interés. Son ellos los interesados en navegar en las páginas, en comunicarse con ellas si es necesario, en ahorrar para comprar, en pedir a sus padres con exclusividad, en reconocer la trascendencia que tienen las marcas en sus vidas (Gómez, Castro y Aguadez, 2018).

La conciencia del ciudadano de sus derechos de cara a la industria, se vislumbra cuando se evidencia una capacidad adquisitiva de bienes y productos con mayores facilidades y el posicionamiento de las industrias en los mercados globales. Buscando unas regulaciones de orden público dirigidas más apropiadamente a corregir los desequilibrios que se presentan en las relaciones de consumo, dándole a los consumidores herramientas para su adecuada protección (Villalba, 2012). Sin embargo, no se puede olvidar a los niños, niñas y adolescentes en el mercado escenario del consumo, máxime cuando determinan, hoy por hoy, las diversas inversiones que se deben realizar en su entorno y, en consecuencia, delinear otras perspectivas de consumo.



El creciente número de consumidores que son menores de edad, canaliza mayor cantidad de recursos fiscales y de ahorro a inversiones tendientes a aumentar el mayor número de escuelas y viviendas, o la cobertura de servicios médicos. Con esto se acoge un concepto económico, el del consumidor equivalente, que es de vital importancia cuando son los menores de edad quienes influyen en las tendencias de consumo (López de Rodríguez y Gómez, 1977).

Los niños y adolescentes tienen acceso a sistemas de información cada vez más influyentes y a su alcance, siendo bombardeados constantemente por publicidad de productos, dirigidos especialmente a su edad, como videojuegos, comidas, maquillaje y accesorios electrónicos, entre otros. Así, es importante una protección especial de cara a la publicidad e información que reciben de los productos, a una educación acorde para sus elecciones. En un interesante trabajo realizado por Guarnizo Peralta (2018), se evidencia que los medios de comunicación influyen considerablemente en las elecciones que realizan los niños, niñas y adolescentes como agentes del mercado, siendo notable la influencia especialmente en los productos alimenticios.

Se puede destacar de una clasificación de dos categorías; la publicidad destinada a menores, por un lado, la publicidad educativa o con causa social que surge con la pretensión de actuar como transmisora de aprendizajes en valores que promuevan la mejora de la realidad social; y en el extremo contrario, se encuentra la publicidad de consumo o de comunicación comercial, que favorece el consumo de productos y pretende atraer la atención de los niños para incitarles el deseo de adquirir determinados productos (Gómez, Castro y Aguadez, 2018). Es concluyente que la publicidad influye en el imaginario infantil y la construcción de significados de los niños sobre su mundo.

Los niños menores de 12 años no están en la capacidad suficiente para distinguir la información real de un producto, de la publicidad que se genera por parte del productor o fabricante para comercializarlo. De tal manera que, se impone la necesidad de impulsar políticas públicas con el fin de prevenir el impacto dañino que se puede generar en los menores, al comercializarse alimentos malsanos (Guarnizo, 2017); y, por consiguiente, en el marco de las relaciones de consumo, los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección en la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, que conlleva a la libertad de elección y un trato digno (Stiglitz, 2010).



El consumidor en un mercado cada vez más tecnificado, tiene el riesgo de realizar actividades desfavorables, sean para su propio patrimonio, o su salud, alcanzando en algunos casos su núcleo familiar, cuando en la adquisición de bienes o servicios, la elección de estos irradia su salud o integridad física, inclusive la preparación profesional. Por ello, la protección del consumidor se convierte ahora en preocupación de los legisladores, teniendo se en cuenta que, hoy por hoy, se desarrollaron conjuntos de disposiciones legales con miras a la protección del consumidor en toda su extensión.

La composición social y el dinamismo de las sociedades que cuenta con ascensores eficientes de movilidad, lo hallan en el acceso libre a la educación. El fenómeno que trae este dinamismo hace que un padre de clase media, con algún nivel de educación estándar, buscara el ascenso social de sus hijos, para lo cual acudirá a la financiación de colegios y carreras universitarias en un hogar con ingresos limitados, provocando alguna situación en la cual el hijo puede alcanzar competencias más allá de las del padre para un mercado laboral, o provocar que no se eduque hasta el límite sus posibilidades. En Colombia, la familia de clase media está compuesta esencialmente por matrimonios, en el cual varía el número de hijos, entre uno y tres hijos; sin embargo, comprenden la importancia de la educación y conscientes de los costos para mantener al hijo y dar los estudios requeridos, acorde con sus limitaciones económicas (Herrera, 2010).

Esto abre paso a importantes situaciones, como lo son las disposiciones legales relacionadas con la protección de los menores y adolescentes de frente al consumo. Se debe tener en cuenta que el consumo está presente en cualquier ámbito de la vida, y en todas las etapas del crecimiento. El legislador se ha interesado en la protección del consumidor partiendo de supuestos de la mayoría de edad, y no debe perderse de vista que los niños y especialmente los adolescentes, están expuestos a innumerables formas de publicidad, y finalmente son sujetos económicos que influencia profundamente las dinámicas del consumo en la familia.

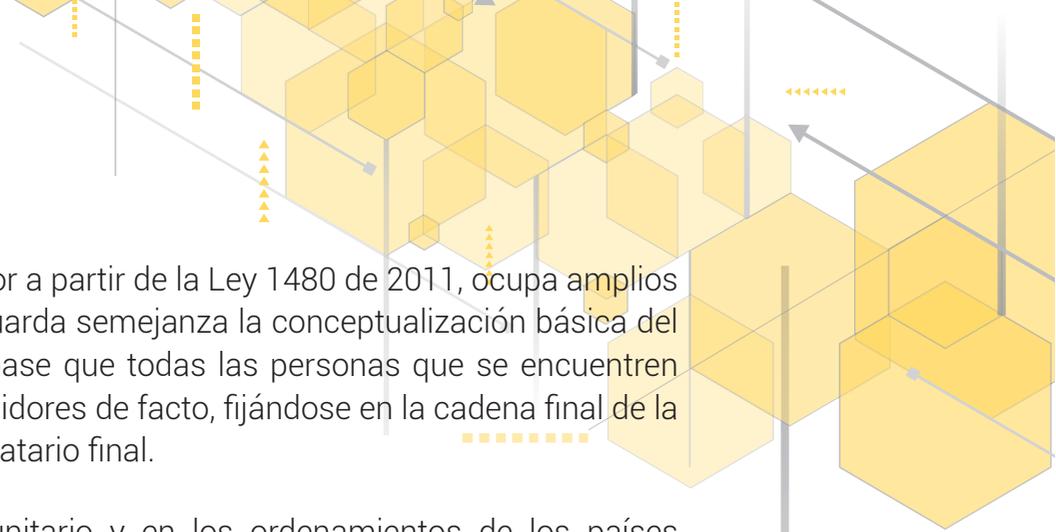
Si bien el legislador en estos países se ha preocupado por regular algunos aspectos en la cadena de consumo, especialmente al consumidor final, es decir, quien es el último en beneficiarse del bien o servicio; no se debe olvidar que estos conceptos están irradiados notablemente de la ciencia económica, por cuanto puede determinar algunas variables, conductas y conceptos relevantes en el estudio del derecho del consumo.

## La legislación colombiana de protección al consumidor

La Constitución de 1991 invoca derechos de contenido económico, como son la propiedad, libertad económica, libre competencia, las contribuciones fiscales, prestación de los servicios públicos, el trabajo, y los derechos de los consumidores, que se caracterizan con los elementos de un orden fundamental, valores y principios que confluyen en conceptos de justicia social y ética, atendiendo siempre la dignificación de la persona, esencial e indispensable de un Estado Social de Derecho. La legislación colombiana mantiene un proceso de transformación y evolución mediante la incorporación de modelos filosóficos y escuelas económicas en la Constitución<sup>3</sup>, para articularse con los cambios económicos, con el apuro de encontrar una estructura económica que permita ajustar las necesidades del país a un mundo de internacionalización económica y globalización (Herrera, 2012).

En Estados como el colombiano, donde el régimen económico está marcado por una parte fuerte y otra débil, se construye un régimen de economía social de mercado, lo que justifica el deber especial de protección del Estado, respecto de los consumidores. Así que, la constitucionalización del derecho del consumidor se da por el cambio paradigmático del acto del consumo, por cuanto el consumidor es quien cierra la actividad económica, satisfaciendo sus necesidades, aumenta su bienestar propio como el colectivo, al participar en el intercambio de bienes y servicios (Peña y Martínez, 2018).

<sup>3</sup> A partir de la constitución de 1991, se han dado pasos en la construcción de una línea de pensamiento económico que contribuya al adecuado desarrollo del país, especialmente atendiendo a la dignidad humana, desarrollo sostenible e iniciativa privada. La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa como un criterio amplio, que en su aspecto más esencial puede definirse como una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio. Empero ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: la libertad de empresa y la libre competencia económica. Corte Constitucional Sentencia C-228/10. Entre otros pronunciamientos de la Corte Constitucional que estudia por ejemplo algunas características de la intervención del Estado en la economía Sentencia C-867 de 2001; sentencia C-616/01.



La definición de consumidor a partir de la Ley 1480 de 2011, ocupa amplios anaqueles en los cuales guarda semejanza la conceptualización básica del consumidor, sentando la base que todas las personas que se encuentren en el mercado son consumidores de facto, fijándose en la cadena final de la producción, es decir, destinatario final.

En el ordenamiento comunitario y en los ordenamientos de los países miembros de la Unión Europea, es una rama compleja, sujeta a una rápida evolución, expuesta a variadas interpretaciones, susceptible de notables desarrollos, que en el ordenamiento comunitario y de los países miembros de la misma propone para el jurista, el economista, el estudioso de la política y de la sociología, una amplia materia de investigación y de reflexión. Se sustenta la complejidad por la construcción que tienen sobre una multiplicidad de fuentes, y en rápida evolución, porque de las políticas que deben adaptarse con velocidad a las exigencias del mercado, a las nuevas fronteras de la tecnología, a las nuevas expectativas de los consumidores (Alpa, 2008).

Se puede partir de la noción de consumidor que no requiere de una relación directa en la relación del consumo, motivo por el cual una persona puede consumir un bien o servicio sin haberlo adquirido directamente del mercado, ya que su título fue transferido posteriormente (Velandia, 2011). En la legislación colombiana, desde 1982 se había establecido el Decreto 3466, en el cual se regulan algunos aspectos relativos a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores y proveedores. Por lo tanto, estas disposiciones estaban encaminadas a una serie de pautas y procedimientos administrativos, con el fin de lograr alguna regulación propia en este ámbito del mercado. Esta disposición contenida en el artículo 1 literal C, define al consumidor como "toda persona, natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades". No entra en más detalle, que el referente a la satisfacción de necesidades, por parte de quien adquiriría un bien o servicio.

Una referencia al niño, niña y adolescente como consumidor, que ayuda para el análisis de la infancia en la relación de consumo, es el Reglamento 1924 de 2006 del Parlamento europeo y del consejo, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, en el cual, considera a los niños, niñas y adolescentes como un grupo particular de



consumidores. Partiendo del principio de proporcionalidad, se toma como referencia al consumidor medio, que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos, las disposiciones deben ser encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las declaraciones engañosas, enmarcan a los niños como un grupo particular de consumidores, consideran que el impacto de las declaraciones de información que se dirija a ellos, se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo.

Con la Constitución Política de 1991, en el artículo 78, se consagró en los derechos colectivos la protección de los consumidores. Por consiguiente, estableció que, por medio de la ley, se regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, como también el derecho a recibir la información. Estableciéndose también la responsabilidad de quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios, todo de acuerdo a la ley.

En el artículo 1 de la Ley 1480 de 2011 se establece como principio la protección a los niños, niñas y adolescentes, en calidad de consumidores y, además, impone reglamentar la información suministrada en los bienes dirigidos a esta población, lo que indica un tratamiento especial a un grupo de personas atendiendo a la vulnerabilidad en que se hallan en las relaciones de consumo (Villalba Cuellar, 2012).

Especialmente para los niños y adolescentes, el artículo 28 del Estatuto del Consumidor, indica que el gobierno nacional debe reglamentar el contenido y la forma en que deba ser presentada la información que se suministre a los niños, niñas y adolescentes en su calidad de consumidores, en desarrollo del derecho de información consagrado en el artículo 34 de la Ley 1098 de 2006.

En el año 2014, se expide el Decreto 975, el cual reglamenta lo relacionado a la publicidad que se les debe suministrar a los niños, niñas y adolescentes. Para este fin, la Presidencia de la República se orienta por lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, aprobada en Colombia a través de la Ley 12 de 1991, que en el artículo 17 da la importancia de la función que desempeñan los medios de comunicación y les impone a los Estados algunos deberes como, velar porque el niño

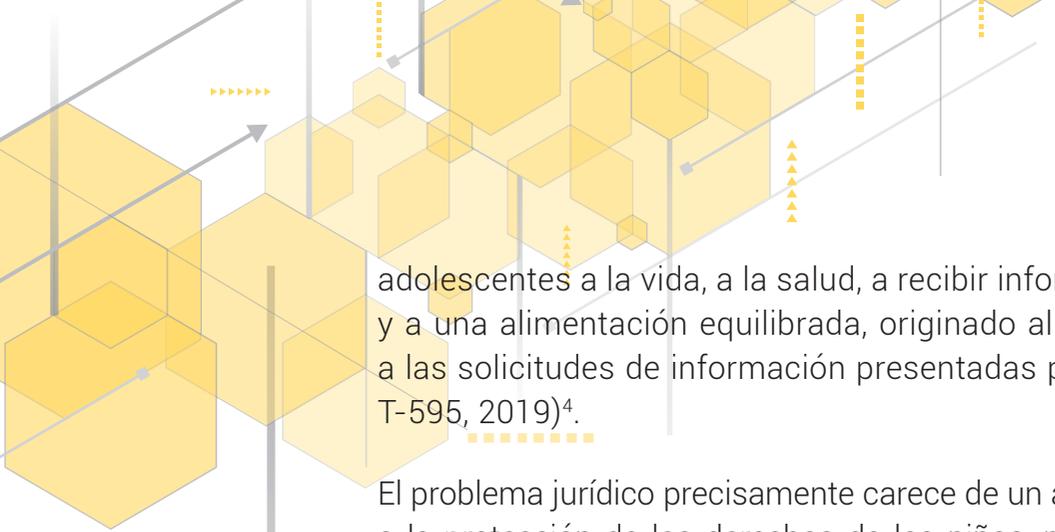


tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, propender por que la información y el material al que accedan los niños tengan por finalidad contribuir con su bienestar social, espiritual, moral y su salud física y mental, promover la elaboración de directrices apropiadas para la protección de los niños contra la información y materiales que puedan ser perjudiciales para su adecuado desarrollo.

En el campo socioeconómico en el que se desarrolla la sociedad actual, no pueden cerrarse los cuestionamientos de los derechos de los sujetos activos en el mercado como los consumidores, a la política económica, y propende por la corrección de las fallas que afectan al mercado, en búsqueda de la implementación de políticas de defensa efectiva al consumidor con miras a restablecer el equilibrio entre los poderes de los actores participantes, así como el acceso a todos los bienes y servicios con sus respectivas garantías, a través de la tutela constitucional, con un Estado económico que sea incluyente con los principios básicos de la economía de mercados, los principios de economía, solidaridad y los lineamientos de los derechos sociales fundamentales, lo que se lograría con el encuentro entre el mercado y los derechos sociales (Herrera, 2012).

Las decisiones estatales sobre el niño deben ser decisiones sobre, y acerca de sus derechos, y de esta manera para el caso de los jueces y los funcionarios estatales la convención impone obligaciones sobre entes no estatales como la familia y la sociedad, y las decisiones deben ser adjudicativas de derechos preexistentes de los niños (Garrido, 2013).

En diciembre de 2017, Red Papaz puso en conocimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, la presunta existencia de publicidad engañosa de productos de las empresas ALPINA y POSTOBÓN. Ante las quejas de orden administrativo, procedimiento como se llevaron a cabo las peticiones del año 2018 de Red Papaz, en donde se solicitaba se informara el estado de las quejas administrativas en contra de ALPINA y POSTOBÓN y se le reconociera a Red Papaz como tercero en dichos trámites, se eleva una acción de tutela contra ALPINA y POSTOBÓN, la Corte Constitucional aborda el problema jurídico preguntándose si los accionados vulneraron los derechos fundamentales de petición, debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad de Red Papaz, y en consecuencia los derechos fundamentales de los niños, niñas y



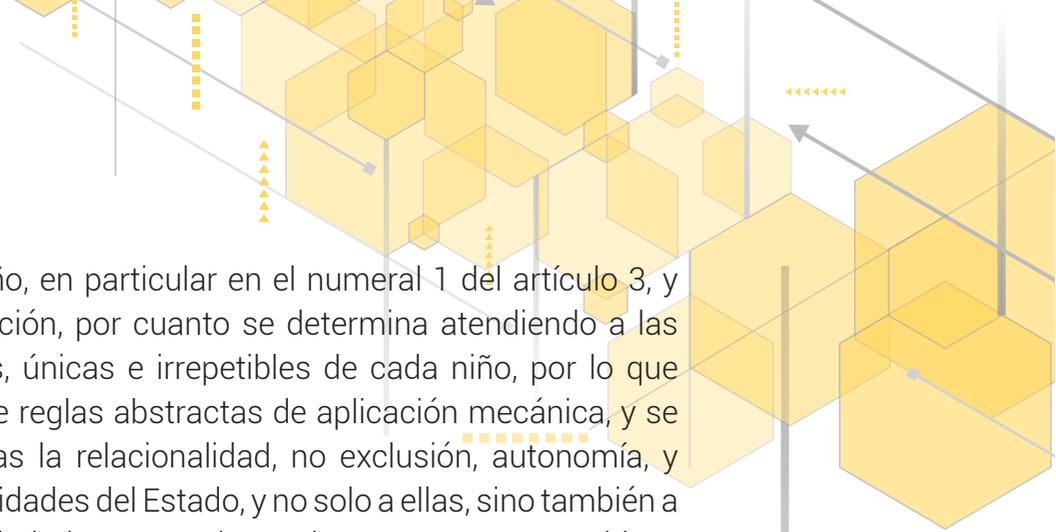
adolescentes a la vida, a la salud, a recibir información veraz e imparcial, y a una alimentación equilibrada, originado al no haber dado respuesta a las solicitudes de información presentadas por Red Papaz. (Sentencia T-595, 2019)<sup>4</sup>.

El problema jurídico precisamente carece de un alcance suficiente que lleve a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en el escenario del consumo. A pesar del esfuerzo que hace la Corte Constitucional, se evidencia a todas luces, una trascendencia deslucida para la envergadura del tema propuesto en la acción constitucional. No se está reconociendo a los niños, niñas y adolescentes como agentes determinantes en la relación de consumo, como consecuencia de un inapropiado reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como consumidores y ciudadanos, esto no solo está demostrando que las instituciones judiciales en Colombia están lejos de la adecuada comprensión de la influencia de los niños, niñas y adolescentes en el mercado.

La Corte Constitucional analiza las peticiones presentadas por terceros sustentados en el Decreto 975 de 2014, y la protección de los niños, niñas y adolescentes, en donde sobresale la interpretación que sostiene la misma corporación relacionada con la prevalencia de los derechos de los niños. Significa que los niños, niñas y adolescentes son sujetos a un sistema de protección constitucional reforzada que se concreta en la obligación de darle a sus derechos un tratamiento especial y prioritario, con lo cual se admite la legitimidad de la distinción de trato jurídico (trato más favorable) para menores de edad, y por esta razón, este mandato de protección especial previsto en la Constitución y en distintos tratados internacionales, reconoce a los menores de edad como sujetos de protección constitucional reforzada, así la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna (Sentencia T 595, 2019).

Por eso, la Corte Constitucional refuerza el principio del interés superior del niño, especialmente ante las actuaciones administrativas, y de cara al consumo, haciendo énfasis en las disposiciones de la Convención

<sup>4</sup> Acción de tutela interpuesta por la Corporación Colombiana de Padres y Madres ("Red Papaz"), contra la Superintendencia de Industria y Comercio ("SIC") y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos ("INVIMA").

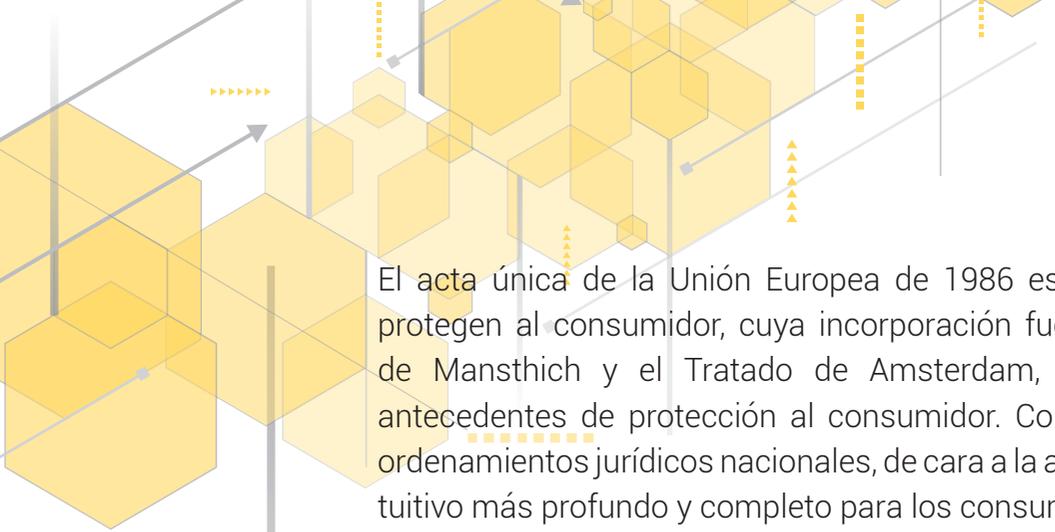


sobre los Derechos del Niño, en particular en el numeral 1 del artículo 3, y en los términos de concreción, por cuanto se determina atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, por lo que no cabe definirlo a partir de reglas abstractas de aplicación mecánica, y se le dan como características la relacionalidad, no exclusión, autonomía, y vinculante a todas las autoridades del Estado, y no solo a ellas, sino también a la familia del niño y a la sociedad en general. De tal manera que, se establece obligatoriamente tramitar de forma prevalente las quejas relacionadas con los derechos que como consumidores tienen los niños, niñas y adolescentes de conformidad con el artículo 8 del Decreto 975 de 2014 durante el trámite de averiguaciones preliminares, logrando que las autoridades estatales adopten medidas encaminadas a promover el bienestar de los niños, niñas y adolescentes (Sentencia T 595, 2019).

Finalmente, la Corte resuelve el tema al declarar la improcedencia de la acción de tutela, por la carencia actual de objeto por hecho superado, respecto de la vulneración del derecho de petición. Sin embargo, se puede advertir la influencia kantiana en la forma como se abordó el tema por parte de la Corte Constitucional, reconociendo en terceros la posibilidad de ejercer acciones destinadas a proteger a los niños, niñas y adolescentes.

## Las perspectivas para los niños, niñas y adolescentes en las sociedades de consumo

Los niños y adolescentes en la medida que ejercen sus derechos autónomamente y los hacen exigibles, estableciendo situaciones jurídicas como personas, son titulares de sus derechos originados en la libertad, pudiendo ejercer sus derechos sin arbitrio de los adultos. Especialmente en el mercado, al momento de realizar elecciones orientadas a la adquisición de bienes y servicios, sea consciente o inconscientemente. Considerar la ciudadanía en los niños, niñas y adolescentes, como un denominador en la sociedad, reivindica los derechos y libertades para todas las personas, propendiendo por la creación de instituciones democráticas sólidas y responsables.



El acta única de la Unión Europea de 1986 establece los principios que protegen al consumidor, cuya incorporación fue avanzando en el tratado de Manstich y el Tratado de Amsterdam, estableciéndose elevados antecedentes de protección al consumidor. Con lo cual se alimentan los ordenamientos jurídicos nacionales, de cara a la armonización de un derecho tuitivo más profundo y completo para los consumidores jure.

Sin embargo, en Colombia antes del año 2011 no se establecía ninguna consideración pertinente relacionada con la protección de los menores de edad, o por lo menos, que diera una orientación clara para que se guardara la salud de los más vulnerables en una relación de consumo. Solo con el desarrollo posterior a la Constitución de 1991, la Ley 1480 de 2011 dio un alcance mayor al concepto de consumidor, al incluir a los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de una protección especial por parte del Estado.

Entre otras situaciones, es importante resaltar que, en Colombia, se encuentran leyes tendientes a proteger a los menores de edad, considerados desde el concepto amplio como consumidores en el escenario jurídico; sin embargo, su ejecución y compromisos en el mercado requieren de esfuerzos enormes, para lograr salvaguardar adecuadamente la salud e integridad de los consumidores más vulnerables en el mercado.

Desde una perspectiva crítica, y no obstante que existen numerosas leyes, al niño, niña y adolescentes aún se le priva de su participación, manteniendo en el adulto las atribuciones legislativas, de tal forma que la ley regula materias relacionadas con la información, su regulación y sanción, olvidando la participación del infante. Se debe acompasar la lectura de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, con sus capacidades sociales, evolutivas y económicas, en una sociedad que avanza a pasos agigantados en tecnología, comunicaciones y mercado.

Condiciones económicas, sociales y culturales, son los insumos para la construcción de un consenso social en relación con la niñez, dándole al infante el verdadero estatus de ciudadano, para garantizarle como sujeto influyente en el consumo, el goce de todos sus derechos, y garantizar la ciudadanía formal y real, como la condición jurídica mínima de protección concreta de todos los derechos de la niñez.



No solo basta con una enunciación como lo refleja la Ley 1480 de 2011, y de su desarrollo reglamentario; es indispensable que no solo se considere como consumidor al niño, niña y adolescente, atendiendo que su influencia marca derroteros importantes para el escenario microeconómico familiar, sino como un ciudadano de influencia considerable en el mercado. En la medida que al niño, niña y adolescente se le dé su verdadero lugar en la sociedad del mercado, se le reconocerá más apropiadamente de cara a la fría ley. Es necesario despojarse de la visión adultocentrista de las normas, y concentrar la protección de la ley en el lenguaje propio de la infancia.

## Referencias

- Amar, J., Denegri, M., Abellos, R., y Llanos, M. (2002). *Pensamiento Económico de los Niños Colombianos Análisis comparativo en la Región caribe*. Ediciones UniNorte.
- Alpa, G. (2008). El derecho de los consumidores: un laboratorio para los juristas. *Revista De Derecho Privado*, (15), 5-26. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/515>
- Barrantes, J., López, M., y Malluguiza, M. (1994). *Intereses consumistas en la infancia*. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10555/Intereses%20consumistas%20en%20la%20infancia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bauman, Z. (2007). *Vida de Consumo*. Fondo de Cultura Económica.
- Betancur, B. (1998). Filosofía de los Derechos humanos. En M. Velilla, *Política y Derecho del Consumo* (pp. 23-30). El Navegante Editores.
- Buckingham, D. (2011). *La Infancia Materialista Crecer en la cultura consumista*. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=FZ5yAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=consumismo+infantil&ots=f22jrLfrb&sig=o4t7hkFw1WneyYXIDYwPolUrChk#v=onepage&q=consumismo%20infantil&f=false>
- Buckingham, D. (2003). La educación en medios de comunicación y el fin del consumidor crítico. <https://www.oei.es/historico/valores2/monografias/monografia01/reflexion02.htm>
- Congreso de la República de Colombia. (2011, 12 de octubre). Ley 1480 de 2011. Estatuto del Consumidor.
- Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (2019, 6 de diciembre). Sentencia T 595 de 2019. (Alejandro Linares Cantillo, M. P.).



Cruz Guerrero, D. (2016). *Mecanismos de Influencia en la Formación de Preferencias de Consumo de los Infantes entre 5 y 9 años de Edad de la Base de la Pirámide de Villavicencio*.

Freites Barros, L. M. (2008). The international convention on children's rights: basic notes. *Educere*, 12(42), 431-437. [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1316-49102008000300002&lng=es&tln g=en](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-49102008000300002&lng=es&tln g=en).

Galvis, L. (2006). *Las niñas, los niños y los adolescentes titulares activos de Derechos Mirada latinoamericana*. Ediciones Aurora.

Garrido Álvarez, R. (2013). El interés superior del niño y el razonamiento jurídico. *Problema anuario de filosofía y teoría del derecho*, (7), 115-147

Gherzi, C. A. (1998). La Concepción Filosófica del Derecho del Consumo y su relación con otras disciplinas. En M. Velilla, *Política y Derecho del Consumo* (pp. 39-47). EL Navegante Editores.

Gómez, P., Castro, A., y Aguadez, J. (2018). La publicidad con ojos de niño: imaginarios infantiles y construcción crítica de significados. *Aula abierta*, 47(4), 471-480. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6725497>

Guarnizo, D. (2017). Sin reglas ni controles. *Regulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores de edad*. <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/05/Sin-reglas-ni-controles-DOC-33-versi%C3%B3n-final- WEB.pdf>

Guerrero, L. (2002). *Alerta! Niños Consumistas*. <https://bv.unir.net:2257/docview/377301458?pq-origsite=summon>

Herrera Tapias, B. (2011). El Estado Económico Constitucional de la Carta de 1991 frente al Derecho del Consumo. *Pensamiento Jurídico*, (32), 247-266. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/36743>

Herrera, C. (2010). *Consumiendo: Introducción al consumo y al consumidor colombiano*. Alfaomega Colombiana S.A.

Latorre Iglesias, E. (2015). Fortalecimiento Local de los derechos de los consumidores: promoción y protección de los derechos del



consumidor, en la ciudad de Santa Marta, en el marco del nuevo estatuto del consumidor (2015-2016). En Z. Romero González, A., A. Alarcón Lara e Y. Garrido Ochoa (Comps.), *Avances y Desafíos del Derecho. Abordaje desde la investigación jurídica y sociojurídica* (pp. 90-100). Universidad Libre.

López de Rodríguez, C., y Gómez, H. (1977). *Familia y consumo en la ciudad colombiana*. Fundación para la Educación y Desarrollo.

Ottaviano, E. (2014). Análisis del impacto de la publicidad en las decisiones de consumo en los niños. <http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/handle/123456789/2866>

Peña, M., y Martínez, J. (2018). Los Derechos de los Consumidores y usuarios en el constitucionalismo económico: una breve revisión a las constituciones iberoamericanas. En J. Ortega, J. Martínez y G. Osorio, *Derecho del consumo Tras un lustro del Estatuto del Consumidor en Colombia* (pp. 1-15). Editorial Temis; Ediciones Uniandes.

Peralta, M. I., y Reartes, J. A. (2000). *Niñez y derechos: formación de promotores de derechos de la niñez y adolescencia: una propuesta teórica-metodológica*.

Presidente de la República de Colombia. (1982, 2 de diciembre). Decreto 3466 / 1982. Estatuto del Consumidor.

Stiglitz, R. (2010). *Contratos civiles y mercantiles Parte General* (Tomo I). La Ley SAE.

Sayas Contreras, R., y Tovia Flórez, J. (2015). Los derechos del consumidor, aproximación a una perspectiva local de promoción y protección en la ciudad de Cartagena. En Z. Romero González, A. Alarcón Lora e Y. Garrido Ochoa (Comps.), *Avances y Desafíos del Derecho. Abordaje desde la investigación jurídica y sociojurídica* (pp. 154-158). Universidad Libre.

Velandia, M. (2011). *Derecho de la competencia y del Consumo* (2.<sup>a</sup> ed.). Universidad Externado de Colombia.

Villalba, J. C. (2012). *Introducción al derecho del consumo*. Universidad Militar Nueva Granada.



# Capítulo V

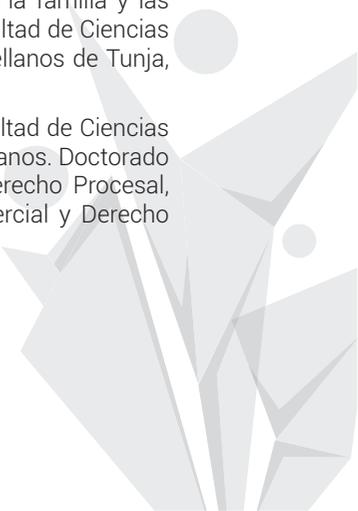
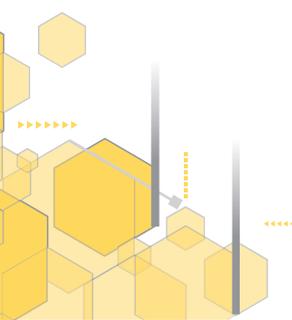
## El derecho a la intimidad en Internet de los niños, niñas y adolescentes en Colombia<sup>1</sup>

Ana Elizabeth Quintero-Castellanos<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Capítulo de libro resultado del proyecto de investigación Protección jurídica de la familia y las personas en Colombia, adscrito al grupo de investigación Hugo Grocio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos de Tunja, años 2017 a 2020.

<sup>2</sup> Docente investigadora adscrita al grupo de investigación Hugo Grocio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Internacionales de la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo, Magíster en Derecho con énfasis en Derecho Procesal, Especialista en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho Comercial y Derecho Procesal Civil.  
Email: [aequintero@jdc.edu.co](mailto:aequintero@jdc.edu.co) ORCID: 0000-0002-2834-2307.

\* DOI: <https://doi.org/10.38017.9789588966465.05>



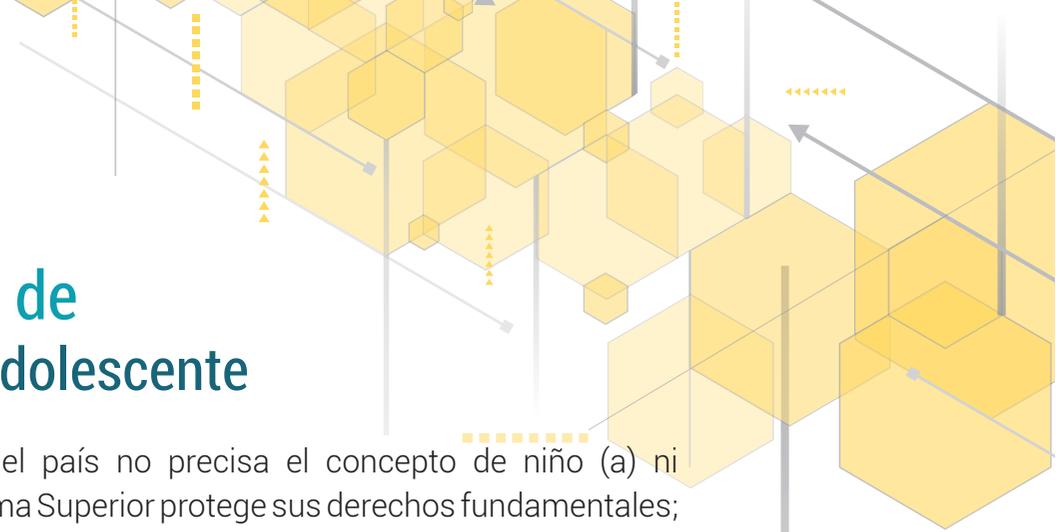


# Introducción

Los niños, niñas y adolescentes en Colombia tienen acceso a Internet, a las redes sociales, emplean correos electrónicos, WhatsApp, entre otros medios. Según el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de la República de Colombia (2020), al término del primer trimestre de 2020, en el país el total de accesos a Internet fijos alcanzó los 7,13 millones y el total de accesos a Internet móvil alcanzó los 29,8 millones de personas; según estudios realizados por Paxzu Colombia Agencia de Marketing Digital (2020), el 69% de la población colombiana utiliza el servicio de Internet. Si bien es cierto que es un gran avance para que los niños, niñas y adolescentes en el país puedan adelantar sus estudios y tener acceso a la ciencia y la educación, en especial en época de la pandemia del Covid-19, donde el contacto social se ha visto afectado; también es cierto que este acceso al Internet los puede dejar expuestos a múltiples riesgos de los cuales muchas veces no son conscientes. Es así como pueden resultar amenazados o violados sus derechos fundamentales, como el derecho a la intimidad.

En el siglo XXI, el vertiginoso avance que ha tenido la ciencia y la tecnología ha dejado rezagado al Derecho, lo cual implica nuevos retos para la el Derecho y la justicia, puesto que se deben resolver conflictos nuevos que no pudo prever el legislador en el siglo XIX cuando se expidió el Código Civil, y precisamente la llamada a solucionar estos casos difíciles ha sido la jurisprudencia de las Altas Cortes en el país, ante la ausencia de una normativa que esté acorde con los problemas propios de esta época.

A continuación, se abordará el estudio de los siguientes temas: en primer lugar, el concepto de niño, niña y adolescente; en segundo lugar, la protección constitucional reforzada de los derechos del menor; en tercer lugar, el derecho a la intimidad en Internet de los niños, niñas y adolescentes, y se termina haciendo una propuesta sobre el tema.



## ● El concepto de niño, niña y adolescente

La Constitución Política del país no precisa el concepto de niño (a) ni adolescente, aunque la norma Superior protege sus derechos fundamentales; motivo por el cual se debe tener en cuenta los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación interna y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, para poder determinar estos conceptos.

Para iniciar, señalamos, que dentro de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, se encuentran las siguientes: la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, la cual fue aprobada por el Congreso de la República, mediante la Ley 12 de 1991, que en su artículo 1 dice: "Para los efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad". Así mismo, está la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada por la Ley 40 de 1998, que, en su artículo 2 literal a), afirma que para los efectos de la Convención significa "menor" todo ser humano cuya edad sea inferior a dieciocho años.

Por otra parte, desde el punto de vista legal, el concepto de niño o niña está consagrado por el Código de la Infancia y la Adolescencia; en el artículo 3, dice que, para todos los efectos de esa Ley, son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años; sin perjuicio de lo establecido por el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años de edad, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

Finalmente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha ocupado de precisar los conceptos de niño (a) y adolescente, y ha buscado armonizar estas nociones a nivel internacional y nacional, es así como en la Sentencia C-740 de 2008 sostiene que las definiciones de "(...) niño o niña, como la persona entre cero y los 12 años de edad, y de adolescente, como la persona entre los 12 y los 18 años de edad", no le quita a los adolescentes la protección especial que les da Constitución Nacional y la Convención sobre los



Derechos del Niño, en consonancia con otros instrumentos internacionales; por el contrario, estas definiciones son necesarias en la regulación legal sobre "(...) la protección de los menores, que permiten determinar los marcos respectivos para el diseño y la ejecución de los planes y programas sobre los niños en sentido estricto o restringido y sobre los adolescentes".

El Máximo Tribunal Constitucional en la Sentencia T-068 de 2011, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez, afirmó sobre el particular lo siguiente:

La Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su artículo 1º, para los efectos de su aplicación, una definición de niño que incluye a todo ser humano menor de dieciocho años, salvo definición legal que consagre una edad inferior para la mayoría de edad. Por su parte, el legislador colombiano brindó una definición más completa que diferencia cabalmente entre niño, niña y adolescente, acorde con lo que establece la Constitución en sus artículos 44 y 45. Ambas normas fueron desarrolladas por el Código de Infancia y la Adolescencia (CIA), que contempló conceptos jurídicos relevantes para abordar cualquier asunto que implique niños o adolescentes: el interés superior y la protección integral. Por ende, existe dentro del ordenamiento jurídico colombiano e internacional un imperativo para la familia, la sociedad y el Estado de brindar un auxilio prevalente a los niños, niñas y adolescentes; y de adoptar medidas de protección efectivas, que estén orientadas primariamente a garantizar el ejercicio integral y simultáneo de los derechos de estos sujetos. (Se subraya).

De acuerdo con lo antes expuesto, en los tratados internacionales se entiende por niño o niña a todo ser humano menor de 18 años de edad. En el ordenamiento jurídico nacional no hay un tratamiento uniforme, puesto que, mientras la Constitución Política, en los artículos 44 y 45, distingue entre niños y adolescentes, en el mismo sentido, el Código de la Infancia y la Adolescencia precisa que se entiende por niño las personas comprendidas entre los 0 y los 12 años y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha entendido el concepto de niño en sentido amplio, de acuerdo con los tratados internacionales, es decir, que se incluye en el mismo a los menores de 18 años, para la protección de sus derechos.

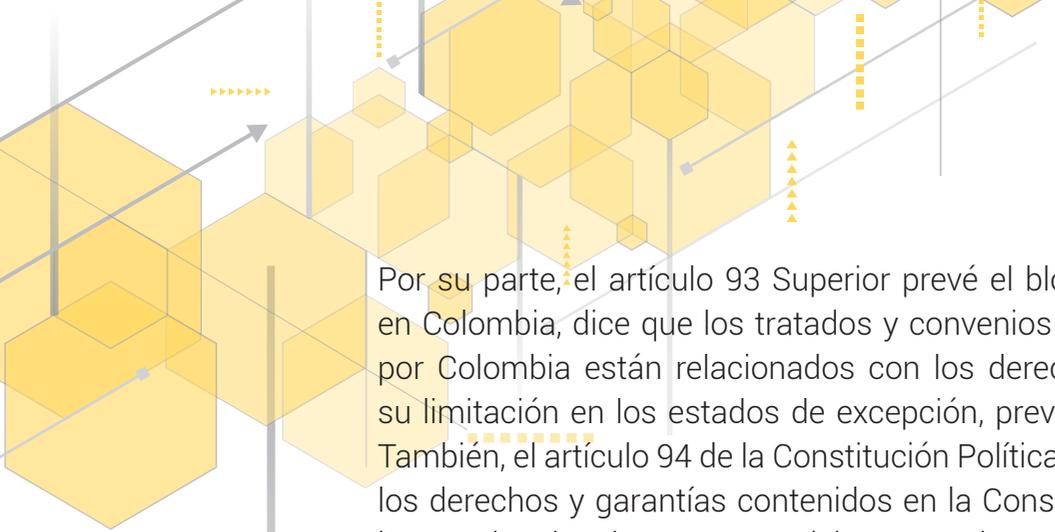


## ● La protección constitucional reforzada de los derechos del niño, niña y adolescente

En primer lugar, la Constitución Política de Colombia protege los derechos fundamentales de los niños y adolescentes; se pueden dividir en dos grandes grupos estos preceptos: por una parte, unos de carácter general y, por otra parte, otros de carácter especial. En el primer grupo, preceptos generales, se encuentran, entre otros, los artículos 11 a 41, que se refieren a los derechos fundamentales de las personas y dentro de ellos están los niños y adolescentes. En el segundo grupo se halla el artículo 44 Superior que se relaciona con los derechos fundamentales de los niños, se dice que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, se agrega que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir, y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; de igual manera, el artículo 45 Superior se refiere a los derechos de los adolescentes.

Así mismo, los niños y adolescentes tienen derechos de carácter individual y de carácter social, estos últimos por pertenecer a una familia y una sociedad, como se desprende de los artículos 5 y 42 Superior, la Corte Constitucional ha sostenido que los menores deben crecer en medio de un ambiente propicio que les garantice su desarrollo integral en los aspectos "(...) físico, moral, mental, emocional, educativo y de salud para que, formados con arreglo a su dignidad, sean elementos valiosos para la familia y la sociedad" (Sentencia T-116, 1995).

Además, el artículo 50 de la Constitución Política protege a todo niño menor de un año cuando no esté cubierto por alguna clase de seguridad social, "tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado" (Sentencia T-116, 1995). También, el artículo 356 inciso segundo afirma que los recursos del situado fiscal se destinarán a financiar "(...) la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños" (Sentencia T-116, 1995).



Por su parte, el artículo 93 Superior prevé el bloque de constitucionalidad en Colombia, dice que los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia están relacionados con los derechos humanos, y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. También, el artículo 94 de la Constitución Política dice que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no se deben entender como la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren, reafirmado en el artículo 214 numeral 2 de la Constitución Política, estando prohibido suspender o limitar los derechos humanos durante los estados de excepción.

En segundo lugar, la Constitución Política prevé el carácter prevalente de los derechos de los niños. El artículo 44 inciso segundo de la Constitución Política prevé que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño, para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En ese sentido, compete al Estado a través de su legislación interna, establecer medidas y mecanismos para que dichos fines constitucionales puedan ser eficazmente cumplidos, de acuerdo con el artículo 2 de la Constitución Política. Con fundamento en el inciso segundo del artículo 44 Superior, el máximo Tribunal Constitucional y demás normas de la Carta, ha determinado los elementos relevantes de la protección constitucional en favor de los niños y las niñas, así:

(1) que sus derechos son fundamentales; (2) que sus derechos son prevalentes; (3) la norma superior eleva a un nivel constitucional la protección de los niños frente a diferentes formas de agresión, como pueden ser el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos; (4) El ámbito normativo constitucional de protección se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de derechos de los niños; (5) Igualmente los infantes y adolescentes en nuestro país, dada su debilidad e indefensión con ocasión de su corta edad, vulnerabilidad y dependencia, han sido considerados sujetos de especial protección constitucional, lo que se traduce en el deber imperativo del Estado de garantizar su bienestar; (6), debe entenderse que los derechos constitucionales consagrados en el artículo 44 C.P. en favor de los niños, se refieren plenamente a toda persona menor de dieciocho años. (Sentencia C-240, 2009)



El artículo 44 Superior en su inciso 3, afirma que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. La Corte ha reconocido que son razones de la especial protección constitucional de los niños y los adolescentes, las siguientes: en primer lugar, el respeto de la dignidad humana que, "conforme a lo previsto en el Art. 1º de la Constitución, constituye uno de los fundamentos del Estado Social de Derecho colombiano"; en segundo lugar, su indefensión o vulnerabilidad, "por causa del proceso de desarrollo de sus facultades y atributos personales, en su necesaria relación con el entorno, tanto natural como social"; y, en tercer lugar, "el imperativo de asegurar un futuro promisorio para la comunidad, mediante la garantía de la vida, la integridad personal, la salud, la educación y el bienestar de los mismos" (Sentencia C-318, 2003).

Igualmente, la Corte en la Sentencia T-979 de septiembre 1º de 2001, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, indicó que el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños tiene como finalidad el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración "(...) al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado".

El carácter fundamental y prevalente de los derechos del niño, se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico interno, en el derecho internacional sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Para iniciar, en el ordenamiento jurídico interno está el artículo 44 Superior, el cual señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, además expresa que son derechos fundamentales de los niños: "la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de opinión", se agrega que serán protegidos "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación económica y trabajos riesgosos"; asimismo, establece que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Termina consagrando que "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 44).



El Código de la Infancia y Adolescencia en sus artículos 8 y 9, se refiere al interés superior del niño, niña y adolescente, y la prevalencia de sus derechos:

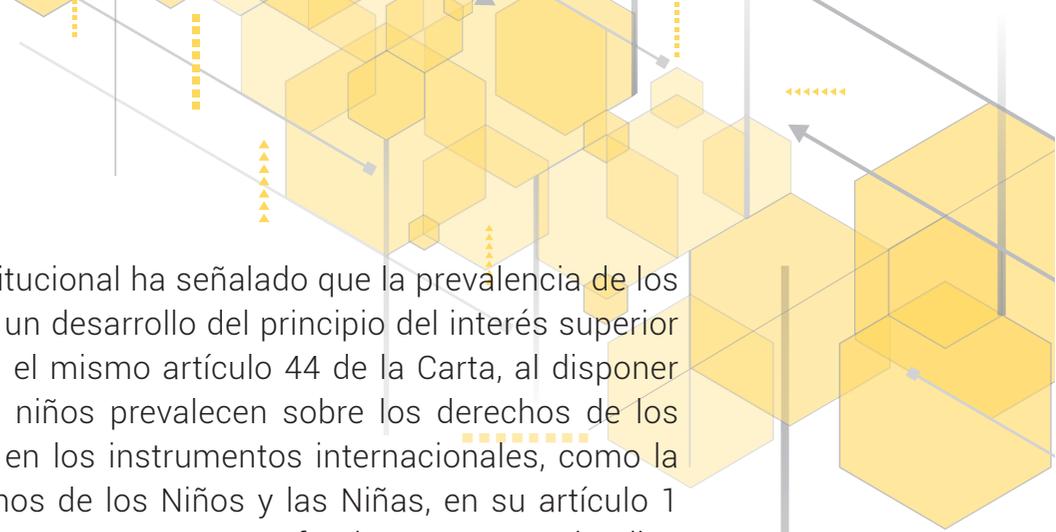
Artículo 8o. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Artículo 9o. Prevalencia de los derechos. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente. (Código de la Infancia y la Adolescencia).

Continuando, en Colombia, por Ley 12 de 1991, dispone en el artículo 2 que los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, "independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales" (Ley 12, 1991).

Por último, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido y desarrollado el principio del interés superior del menor, en diferentes providencias, y ha sostenido que consiste "(...) en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial", además que lo guarde de abusos y arbitrariedades, y que garantice "el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad" (Sentencia T-514, 1998).



El Máximo Tribunal Constitucional ha señalado que la prevalencia de los derechos de los niños, es un desarrollo del principio del interés superior del menor consagrado en el mismo artículo 44 de la Carta, al disponer que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, de igual manera en los instrumentos internacionales, como la Convención de los Derechos de los Niños y las Niñas, en su artículo 1 numeral tercero, también se encuentra su fundamento cuando dice que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen “(...) las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (se subraya) (Sentencia T-979, 2001).

De acuerdo con lo antes expuesto, el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño se encuentra en el ordenamiento jurídico interno, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y el derecho internacional sobre los derechos humanos.

Por otra parte, la Corte en la sentencia T-510 de 2003 determinó las condiciones que se deben tener en cuenta para la satisfacción del interés superior del niño en situaciones concretas, allí afirmó que deben atenderse tanto a consideraciones fácticas como jurídicas y precisó que son fácticas “(...) las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislado”, y jurídicas “(...) los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil”. En la misma providencia, se agrega que las autoridades encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares, cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés.

En resumen, los niños, niñas y adolescente son sujetos de especial protección constitucional, protegido por los artículos 44 y 45 de la Constitución, la normativa interna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el derecho internacional sobre derechos humanos.



# El derecho a la intimidad en Internet de los niños, niñas y adolescentes

## El concepto del derecho a la intimidad

El artículo 15 de la Constitución Política consagra el derecho a la intimidad, dice que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, reconoce el derecho al hábeas data, como el derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas; además, dispuso que "en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetará la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución", estos dos derechos son independientes.

La Sentencia Nro. T-530/92 de la Corte Constitucional dice que la finalidad principal del derecho a la intimidad es "resguardar un ámbito de vida privada personal y familiar, excluido del conocimiento ajeno y de cualquier tipo de intromisiones de otros, sin el consentimiento de su titular" y su núcleo esencial define un espacio intangible, inmune a intromisiones externas, del que se deduce un derecho a "no ser forzado a escuchar o a ver lo que no desea escuchar o ver, así como un derecho a no ser escuchado o visto cuando no se desea ser escuchado o visto".

Además, en la Sentencia C-336 de 2007, se afirma que el derecho a la intimidad se puede disfrutar "sin más limitaciones que los derechos de los demás y el ordenamiento jurídico". No obstante, se reconoce que el derecho a la intimidad no es absoluto, sino que puede ser objeto de limitaciones restrictivas de su ejercicio "en guarda de un verdadero interés general que responda a los presupuestos establecidos por el artículo 1º de la Constitución", sin que por ello se entienda que pueda desconocerse su núcleo esencial, y agrega que:

El interés de la sociedad en que se investiguen las conductas delictivas y se sancione a sus responsables, en procura de preservar la vigencia de un orden justo, es también un bien protegido por la Constitución. El acopio de información en relación con las personas puede ser eventualmente un medio necesario para la satisfacción de ese interés constitucionalmente



protegido. Sin embargo, su recaudo debe realizarse con escrupuloso acatamiento de las cautelas que la propia Constitución ha establecido para la protección de los derechos fundamentales especialmente expuestos a su afectación, vulneración o mengua en el contexto de una investigación criminal. El requerimiento de autorización judicial previa para la adopción de medidas –adicionales– que implique afectación de derechos fundamentales es una de esas cautelas que el legislador debe acatar al configurar las reglas orientadas a regular la actividad investigativa del Estado. Al establecer, en las normas impugnadas. (Sentencia C-336 de 2007)

En síntesis, según lo antes expuesto y como se afirma en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP9792-2015, el núcleo esencial del derecho a la intimidad está definido por “un espacio inmaterial protegido de intromisiones, que supone la existencia y disfrute de un ámbito reservado para cada persona y su familia, exenta del poder de intervención del Estado o de los demás, que permita un completo desarrollo de la vida personal, sin que su ejercicio sea absoluto, pues puede afectarse en los eventos establecidos en la ley y por la autorización de su titular”.

## El derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 15 de la Constitución Nacional consagra el derecho a la intimidad en favor de todas las personas en Colombia, por lo tanto, se entiende que se incluye a los niños, niñas y adolescentes, quienes disfrutan del derecho a la intimidad, tanto en el derecho internacional como nacional.

Por una parte, en el ordenamiento internacional: el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes está protegido en el orden internacional por diferentes tratados, dentro de los cuales se citan los siguientes:

En primer lugar, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en el artículo 2, numeral primero establece que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Dentro de los derechos que se mencionan están: la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad y a la intimidad, entre otros, en el



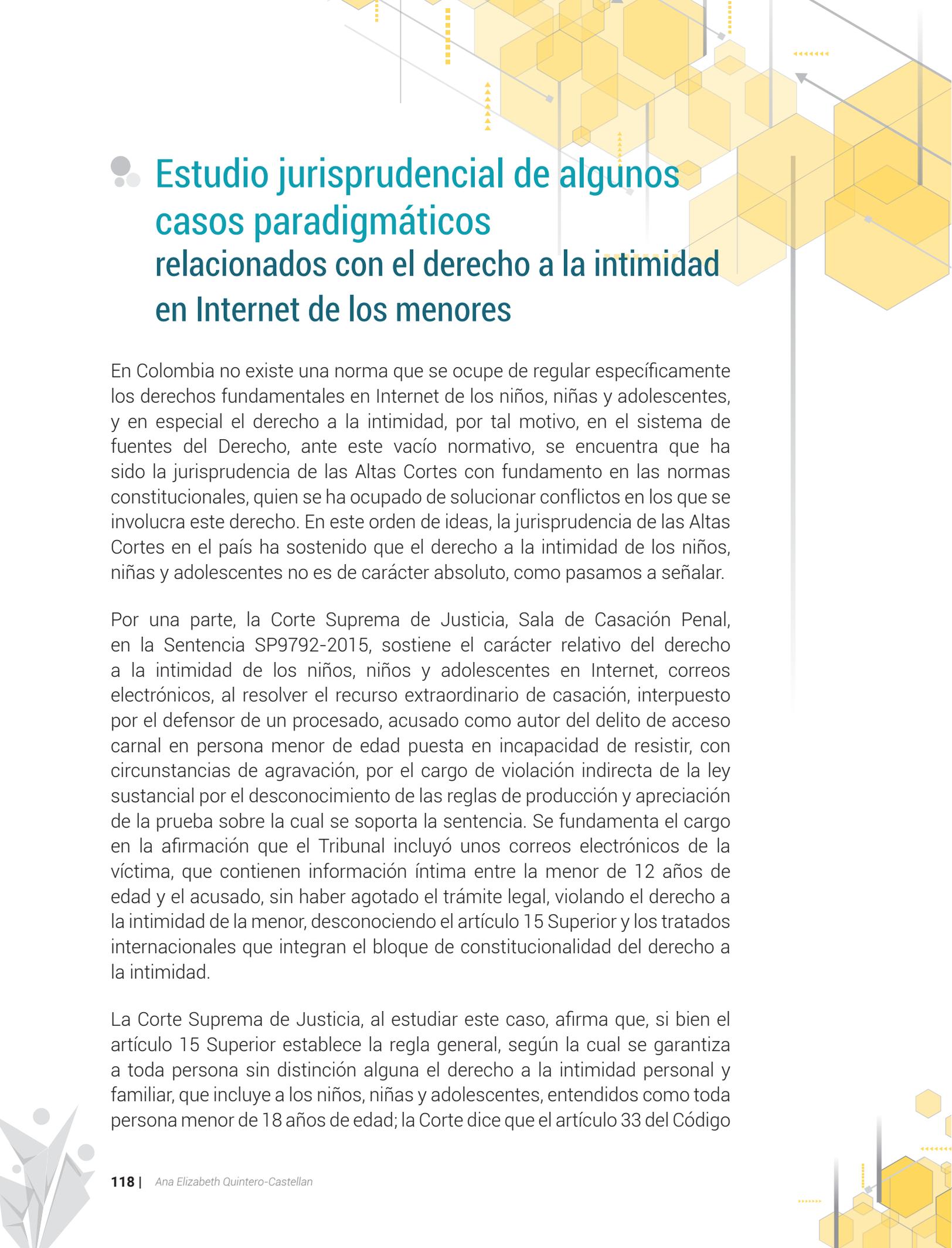
artículo 12 en relación con el derecho a la intimidad se afirma que Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

En segundo lugar, la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada en el año 1959 por la Organización de las Naciones Unidas proclamó, considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, con el fin de que pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y el de la sociedad, de los derechos y libertades, que en ella se enuncian, insta a los padres, hombres y mujeres, a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan tales derechos y luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole, que establezcan una protección especial fundada en su interés superior y prevalente.

En tercer lugar, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, entró en vigor: 23 de marzo de 1976, aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas, y ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, en su artículo 17 determina: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. (...) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

En cuarto lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, en su artículo 16 establece que ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Por otra parte, en el ordenamiento interno, además del artículo 15 Superior, se encuentra el artículo 33 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, que prevé el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes, al sostener que tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda "injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia, domicilio y correspondencia. Así mismo, serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad".



## ● Estudio jurisprudencial de algunos casos paradigmáticos relacionados con el derecho a la intimidad en Internet de los menores

En Colombia no existe una norma que se ocupe de regular específicamente los derechos fundamentales en Internet de los niños, niñas y adolescentes, y en especial el derecho a la intimidad, por tal motivo, en el sistema de fuentes del Derecho, ante este vacío normativo, se encuentra que ha sido la jurisprudencia de las Altas Cortes con fundamento en las normas constitucionales, quien se ha ocupado de solucionar conflictos en los que se involucra este derecho. En este orden de ideas, la jurisprudencia de las Altas Cortes en el país ha sostenido que el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes no es de carácter absoluto, como pasamos a señalar.

Por una parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en la Sentencia SP9792-2015, sostiene el carácter relativo del derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes en Internet, correos electrónicos, al resolver el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de un procesado, acusado como autor del delito de acceso carnal en persona menor de edad puesta en incapacidad de resistir, con circunstancias de agravación, por el cargo de violación indirecta de la ley sustancial por el desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba sobre la cual se soporta la sentencia. Se fundamenta el cargo en la afirmación que el Tribunal incluyó unos correos electrónicos de la víctima, que contienen información íntima entre la menor de 12 años de edad y el acusado, sin haber agotado el trámite legal, violando el derecho a la intimidad de la menor, desconociendo el artículo 15 Superior y los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad del derecho a la intimidad.

La Corte Suprema de Justicia, al estudiar este caso, afirma que, si bien el artículo 15 Superior establece la regla general, según la cual se garantiza a toda persona sin distinción alguna el derecho a la intimidad personal y familiar, que incluye a los niños, niñas y adolescentes, entendidos como toda persona menor de 18 años de edad; la Corte dice que el artículo 33 del Código



de la Infancia y Adolescencia consagra el derecho a la intimidad de los niños. Agrega que existen casos excepcionales que, por sus particularidades, deben ser observados desde una óptica diferente. Así, ocurre cuando el titular de la cuenta de correo electrónico es un niño, niña o adolescentes, en relación con el cual, por mandato constitucional (Artículos 44 y 45 de la Constitución) y legal (Artículo 15 del Código de la Infancia y Adolescencia), la familia, la sociedad y el Estado les debe ofrecer especial protección, tiene la obligación de asistirlos y protegerlos con el objeto de garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, sin que los padres en cumplimiento de estos cometidos “requieran de la autorización de autoridad alguna para acceder a los contenidos e información de los sitios web que los menores frecuentan” (Sentencia SP 9792, 2015).

Además, la misma Corte afirmó que en desarrollo de los compromisos de los padres derivados de la patria potestad, no pueden desconocer que los menores, ante el avance de la tecnología, “están expuestos a múltiples espacios que pueden llevarlos a la puesta en peligro o vulneración de sus derechos”, por el surgimiento de prácticas sociales en la comunicación y las interrelaciones personales “que van desde la cotidiana utilización del computador personal, el internet como autopista de la información, el correo electrónico, las redes sociales y toda clase de campos virtuales, como el académico” (Sentencia SP 9792, 2015).

En la providencia antes citada, se afirma que los padres en ejercicio de la patria potestad, están “constitucional y legalmente autorizados para asistir, orientar y controlar las comunicaciones de sus hijos menores de edad”, y solamente están limitados por la menor afectación de otras prerrogativas y por la finalidad de protección y garantía de los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente. Se reiteró que, desde el marco del derecho internacional, la Constitución Política y la Ley, los padres en cumplimiento de la responsabilidad parental, las obligaciones de asistencia y protección, el ejercicio de los deberes de cuidado, acompañamiento y orientación de sus hijos menores, con la finalidad de garantizarles la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral, “más allá de los límites que fija el derecho a la intimidad, tienen la facultad de acceder a las comunicaciones de las plataformas tecnológicas que los niños, niñas y adolescentes reciben y abordan”, para comprobar el contenido de los mensajes y la clase de personas con las que interactúan a través de tales medios, y si es necesario intervenir oportunamente para darles la ayuda, el auxilio, el apoyo y la defensa necesaria.



Con fundamento en los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia concluyó que los derechos a la intimidad y al hábeas data del niño, niña y adolescente en Colombia, no son de carácter absolutos sino relativos, porque el uso de Internet, concretamente en relación con las redes sociales o los correos electrónicos, sean institucionales o personales, debe estar controlado y orientado por los padres de familia o, en defecto de los mismos, por un adulto responsable.

Se resalta la importancia de la familia como institución básica de la sociedad, porque es en ella donde el niño, niña y adolescente recibe una formación integral, que debe incluir los valores a nivel personal, familiar y social, para permitirle comprender la necesidad del adecuado manejo de la tecnología y, en especial, de las diferentes herramientas que ofrece Internet, como son las redes sociales y los correos electrónicos.

Por otra parte, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-260 de 2012, analizó el caso de una niña de 4 años de edad, cuyos padres están separados, ella vive solamente con su madre, el padre ante la dificultad para ver a su hija decide crear una cuenta en Facebook a nombre de su niña, con el objeto de subir sus fotos e información personal, con la finalidad de seguir su desarrollo. Sin embargo, la madre de la niña presentó una acción de tutela para pedir el amparo de los derechos fundamentales de su hija a la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad, los cuales, en su opinión, han sido vulnerados por el padre de la menor.

El Máximo Tribunal Constitucional, en la sentencia antes citada, estudió si se afecta el interés superior del menor y los derechos fundamentales de la niña "XX" al habeas data e intimidad, con la creación de una cuenta en Facebook a su nombre por parte de su padre, y concluyó que en el caso se presentó violación de los derechos fundamentales de la niña por parte de su padre. Argumenta que el principio del interés superior del niño es una de las principales manifestaciones del Estado social de derecho colombiano y del artículo 44 Superior es el principio de preservación del interés superior del menor, que ha sido desarrollado por la jurisprudencia constitucional y consagrado en los artículos 20 y 22 del Código del Menor. Dicho principio consistente en que "al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad".



La Corte Constitucional agrega que, al ser los niños titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores, debemos examinar cada caso y cada niño en particular para proteger sus derechos fundamentales, sin dejar de lado la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. Igualmente, analiza que el verbo “prevalecer”, que implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, “entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes, se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor.

Así mismo, la misma Corte estudia lo relacionado con la información personal, intimidad e imagen en las redes sociales digitales y en Internet, y dijo que la afectación de los derechos fundamentales en las redes sociales como Facebook, puede generarse en diferentes momentos; por ejemplo, cuando el usuario se registra en la red escogida, durante su participación en la plataforma, e incluso en el momento en que decide dejar de utilizar el servicio. Sostiene que los derechos de los usuarios pueden verse afectados, además, con la publicación de contenidos e información en la plataforma –fotos, videos, mensaje, estados, comentarios a publicaciones de amigos–, en razón de que los alcances sobre la privacidad de los mismos pueden tener un alcance mayor al que consideró el usuario en un primer momento, “ya que estas plataformas disponen de potentes herramientas de intercambio de información, de capacidad de procesamiento y de análisis de la información facilitada por los usuarios”.

También, la Corte Constitucional se refirió a la información personal, intimidad e imagen en las redes sociales digitales y en Internet, los riesgos para los menores de edad y el acceso a las redes sociales del niño, niña y adolescente; dice que debe darse con el acompañamiento de los padres o personas responsables de su cuidado, y afirmó que, en el caso particular de los menores de edad, los riesgos están íntimamente relacionados con los siguientes aspectos:

(...) los niños y niñas tienen la posibilidad de acceder en las redes sociales a contenidos de carácter inapropiado para su edad; los menores tienen la posibilidad de iniciar contacto online, e incluso físicamente con usuarios malintencionados; existe proliferación de la información personal gráfica de los menores, ya sea publicada por ellos mismos o por terceros con



desconocimiento de los riesgos a los cuales pueden ser expuestos. Las anteriores circunstancias pueden exponer a los niños y niñas, en caso de no acceder al mundo de las redes sociales con el debido acompañamiento de los padres a situaciones como abusos, discriminación, pornografía y otros que pueden incidir de manera negativa en su crecimiento y desarrollo armónico e integral" (Sentencia T-260, 2012).

Igualmente, la Corte afirma que tales riesgos pueden ser evitados si se tiene conocimiento del funcionamiento y las políticas de privacidad de los diferentes sitios en línea, en especial de las redes sociales, motivo por el cual, en el caso específico de los menores de edad, en particular niños y niñas, "el acceso a las redes sociales debe darse con el acompañamiento de los padres o personales responsables de su cuidado". Este acompañamiento tiene como finalidad que los menores "sean conscientes de que si bien en mundo de la información y la tecnología implica un sinnúmero de beneficios para su desarrollo"; también, genera una serie de riesgos que se pueden evitar con un correcto manejo de la información y con una adecuada interacción con los demás miembros de la red.

En este caso, la Corte Constitucional afirma que los Estados y las entidades educativas deben tener en cuenta el rol de los progenitores, o cualquier otra persona que tenga bajo su responsabilidad el cuidado del niño, niña y adolescente, en la formación personal de ellos, que incluye el uso responsable y seguro de Internet y las redes sociales digitales. Sostiene que se debe transmitir claramente al niño, niña y adolescente que Internet no es un espacio sin normas, impune o sin responsabilidad; en especial, deben ser alertados sobre "la participación anónima o el uso de pseudónimos, el respeto a la privacidad, intimidad y buen nombre de terceras personas, responsabilidades civiles, penales y administrativas" que existen cuando se vulneran derechos propios o de terceros en la red.

Adicionalmente, refiere que las recomendaciones establecidas en el Memorándum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular del niño, niña y adolescente, señala una serie de recomendaciones con el objeto de extender los aspectos positivos de la sociedad, de la información y conocimiento a los menores, prevenir aquellas prácticas perjudiciales y los impactos negativos que las mismas generan para estos. El Memorándum de Montevideo refiere a los actores involucrados en el tema que son: el Estado, las entidades educativas, los progenitores u otras personas que se encuentren a cargo de su cuidado, a los cuales dirige las recomendaciones.



Además, la Corte Constitucional en la sentencia T-260 de 2012 con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, afirma lo siguiente:

Cualquier acercamiento al tema requiere que se consideren dos dimensiones. Por un lado, el reconocimiento de que niñas, niños y adolescentes son titulares de todos los derechos, y por tanto pueden ejercerlos en función de su edad y madurez, además que sus opiniones deben ser consideradas en función de su edad y madurez, por otro, el hecho de que por su particular condición de desarrollo tienen el derecho a una protección especial en aquellas situaciones que pueden resultar perjudiciales para su desarrollo y derechos” (Sentencia T- 260, 2012).

En síntesis, en la sentencia T-260 de 2012 de la Corte Constitucional precisa que los padres o adultos responsables no pueden abrir cuentas en las redes sociales como Facebook a nombre de sus hijos menores de edad, para utilizarlas aún con el objeto de subir fotos e información del menor ni siquiera para buscar tener un acercamiento con su hijo, porque se produciría una vulneración de sus derechos fundamentales. En esta sentencia, la Corte tutela los derechos fundamentales de la menor, por las razones expuestas, y en especial tomó en cuenta que, en el contexto de la creación de una cuenta en una red social de una niña de 4 años, la niña no es consciente y que se ha utilizado para ventilar una disputa familiar. Agrega que lo anterior no implica que los menores no puedan acceder a la Sociedad del Conocimiento y la Tecnología, pero para el efecto se deben atender las recomendaciones del Memorándum de Montevideo, “en lo referente a que tal acceso debe ser paulatino, acompañado de las personas encargadas de su cuidado y acorde a la madurez y desarrollo psicológico que presenten”.

En relación con el derecho a la intimidad de los niños, niñas y adolescentes en Internet, redes sociales y correos electrónicos en Colombia, la Corte Constitucional concluye que tienen este derecho, pero no es de carácter absoluto, sino relativo, de acuerdo con la normativa nacional y la jurisprudencia de las Altas Cortes, en especial las Sentencias T-260 de 2012 de la Corte Constitucional y SP 9792 de 2015 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. El uso de Internet puede ser objeto de limitaciones restrictivas de su ejercicio en guarda del interés general del niño, así puede ser objeto tanto de control como de limitación por los padres de familia o, en defecto, de los mismos por un adulto responsable. Resalta la importancia de la familia como institución básica de la sociedad, porque es en ella donde el niño, niña y adolescente recibe una formación integral, que debe incluir



los valores a nivel personal, familiar y social, para permitirle comprender la necesidad del adecuado manejo de la tecnología y, en especial, de las diferentes herramientas que ofrece Internet, como son las redes sociales y los correos electrónicos.

Esta limitación al derecho a la intimidad en Internet, se da en dos sentidos: en primer lugar, se protege al menor por su falta de madurez en su utilización, puesto que no comprende las implicaciones que tiene su uso y los peligros a los que se puede ver expuesto en relación con terceras personas, pudiendo llegar inclusive al campo penal; en segundo lugar, se protege a los niños de sus propios padres, quienes no pueden utilizar las redes sociales creando un perfil en nombre de su menor hijo para subir información, cuando el niño aún no está en edad de entender siquiera sus posibles implicaciones.

Finalmente, concluimos que en Colombia ha sido la jurisprudencia de las Altas Cortes la que se ha ocupado de solucionar los conflictos relacionados con el empleo del Internet por parte de los menores de edad, sus progenitores o adulto responsable en su nombre, ante el vacío legislativo, siendo la jurisprudencia el criterio a seguir por parte de los jueces en estos temas. Es de anotar que, debido al desarrollo de la tecnología durante el siglo XXI y su inclusión en la vida diaria de las personas, encontramos que los niños, niñas y adolescentes quedan expuestos a nuevos riesgos que deben ser resueltos. Para el grupo de investigadores que han hecho posible este documento, estos temas son del mayor interés y ameritan posteriores escritos que, esperamos puedan ser realidad en un futuro próximo.

## Referencias

- Castro Gutiérrez, M. A., y Hernández Vidal, J. (2009). *Los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia como sistema constitucional*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Código de la Infancia y la Adolescencia. (C.I.A.). Artículos 3, 15. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22106>
- Constitución Política de Colombia. (Const.). Artículos 5, 11 al 41, 15, 42, 44, 45, 50, 356.
- Convención sobre los derechos del niño de 1989. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- CONVERSIA. (2017, 10 de octubre). *La Policía propone un documento para regular el uso del móvil a los niños*. <http://blog.conversia.es/internet/la-policia-propone-un-documento-para-regular-el-uso-del-movil-a-los-ninos>
- Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-240 (Mauricio González Cuervo, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-240-09.htm>
- Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-318 (Jaime Araujo Rentería, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-318-03>
- Corte Constitucional. (2007). Sentencia C-336 de 2007 (Jaime Córdoba Triviño, M. P.). [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-336-07.htm#\\_ftnref23](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-336-07.htm#_ftnref23)
- Corte Constitucional. (2008). Sentencia C-740 (Jaime Araujo Rentería, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2008/C-740-08.htm>.
- Corte Constitucional. (1998). Sentencia T 514 (Jaime Córdoba Triviño, M. P.). [http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-979-01.htm#\\_ftnref1](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-979-01.htm#_ftnref1)



Corte Constitucional. (2011). Sentencia T-068 (Juan Carlos Henao Pérez, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-068-11.htm>

Corte Constitucional. (1995). Sentencia T-116 (José Gregorio Hernández Galindo, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-116-95.htm>

Corte Constitucional. (2012). Sentencia T-260 (Humberto Antonio Sierra Porto, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/T-260-12.HTM>

Corte Constitucional. (2003). Sentencia T-510 (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.). <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-510-03.htm>

Corte Constitucional. (1992). Sentencia T-530 (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-530-92.htm>

Corte Constitucional. (2009). Sentencia T-572. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/T-572-09.htm>

Corte Constitucional. (2001). Sentencia T-979 (Jaime Córdoba Triviño, M. P.). [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-979-01.htm](http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-979-01.htm)

Corte Suprema de Justicia. (2015). Sentencia SP-9792. Sala de Casación Penal. Proceso número 42307 (Patricia Salazar Cuéllar, M. P.).

Corte Suprema de Justicia. (2015). Sentencia SP9792. Sala de Casación Penal (Patricia Salazar Cuéllar, M. P.). <http://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/b1ago2015/SP9792-2015.pdf>

Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948, 10 de diciembre). <http://www.equidadmujer.gov.co/ejes/Documents/NormativaNacional/Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20Derechos%20Humanos%20de%201948.pdf>



Gómez Jiménez, M. (1998). *Los derechos fundamentales del niño* (1.ª ed.). Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Ley 12. (1991). "Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989". Enero 22 de 1991. DO. 39640 de enero 22 de 1991.

Ley 470. (1998). "Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores", hecha en México, D.F., México, el dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994)". DO. 43360 de agosto 11 de 1998.

Malo Garizabal, M. M. (2004). *Derechos Fundamentales* (3.ª ed.). Panamericana Editorial Ltda.

Memorándum de Montevideo sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en internet, en particular de niños, niñas y adolescente. (2009, 28 de julio). [http://clicseguro.sep.gob.mx/archivos/Memorandum\\_Montevideo.pdf](http://clicseguro.sep.gob.mx/archivos/Memorandum_Montevideo.pdf)

Ministerio de las TICs, primer boletín trimestral de 2020 publicado en septiembre de 2020. [https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-151386\\_Boletin\\_Trimestral.pdf](https://www.mintic.gov.co/portal/604/articles-151386_Boletin_Trimestral.pdf)

Paxzu Colombia Agencia de Marketing Digital. (2020, 8 de mayo). [https://www.paxzu.co/redes-sociales-mas-usadas-colombia#:~:text=](https://www.paxzu.co/redes-sociales-mas-usadas-colombia#:~:text=Algunas%20de%20las%20cifras%20de,con%20datos%20del%20a%C3%B1o%20anterior.)

[Algunas%20de%20las%20cifras%20de,con%20datos%20del%20a%C3%B1o%20anterior.](https://www.paxzu.co/redes-sociales-mas-usadas-colombia#:~:text=Algunas%20de%20las%20cifras%20de,con%20datos%20del%20a%C3%B1o%20anterior.)

Pacto de Nueva York de Derechos Civiles y Políticos. (s.f.). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Unicef. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989*. Artículo 1. Convención sobre los Derechos del Niño. Firmada por Colombia en enero 26 de 1990. Aprobada por el Congreso de la República, mediante la Ley 12 de 1991. [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf)



**Juan D Castellanos**  
Fundación Universitaria

