



# Nuevas tendencias del derecho en Colombia

Editores  
Máximo Vicuña de la Rosa  
Andrea Johana Aguilar-Barreto

# **Nuevas tendencias del derecho en Colombia**

**Editores**

**Máximo Vicuña de la Rosa**

**Andrea Johana Aguilar-Barreto**

# **Nuevas tendencias del derecho en Colombia**

**Editores**

Máximo Vicuña de la Rosa  
Andrea Johana Aguilar-Barreto

**Autores**

Máximo Vicuña de la Rosa  
Andrea Johana Aguilar-Barreto  
Gladys Shirley Ramírez Villamizar  
Edward Fabián Latorre Osorio  
Diana Marcela Pantaleón Pinto  
Verena Bernarda Ramírez Morales  
María Susana Marlés Herrera  
Claudia Parra Meaurio  
Rafael Pulido Morales  
Linda Johana Reyes Moreno  
Bibiana Stherly Quintero Orozco  
Wilkar Simón Mendoza Chacón  
Martha Juliana Sánchez Delgado  
Alba Patricia Guerrero Cárdenas  
Brayan Orlando Rodríguez Velásquez



## Nuevas tendencias del derecho en Colombia

### Editores

©Máximo Vicuña de la Rosa  
©Andrea Johana Aguilar Barreto

### Autores

©Máximo Vicuña de la Rosa  
©Andrea Johana Aguilar Barreto  
©Gladys Shirley Ramírez Villamizar  
©Edward Fabián Latorre Osorio  
©Diana Marcela Pantaleón Pinto  
©Verena Bernarda Ramírez Morales  
©María Susana Marlés Herrera  
©Claudia Parra Meaury  
©Rafael Pulido Morales  
©Linda Johana Reyes Moreno  
©Bibiana Stherly Quintero Orozco  
©Wilkar Simón Mendoza Chacón  
©Martha Juliana Sánchez Delgado  
©Alba Patricia Guerrero Cárdenas  
©Brayan Orlando Rodríguez Velásquez

Nuevas tendencias del derecho en Colombia / editores Máximo Vicuña de la Rosa, Andrea Johana Aguilar-Barreto; Gladys Shirley Ramírez Villamizar [y otros 14] -- Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar, 2018.

133 páginas; figuras a color  
ISBN: 978-958-5533-45-5 (Versión electrónica)

1. Positivismo jurídico 2. Jurisprudencia – Colombia 3. Igualdad ante la ley – Colombia 4. Reparación (Justicia penal) – Colombia 5. Derecho – Enseñanza 6. Derechos humanos – Colombia I. Vicuña de la Rosa, Máximo, editor-autor II. Aguilar-Barreto, Andrea Johana, editor-autor III. Ramírez Villamizar, Gladys Shirley IV. Latorre Osorio, Edward Fabián V. Pantaleón Pinto, Diana Marcela VI. Ramírez Morales, Verena Bernarda VII. Marlés Herrera, María Susana VIII. Parra Meaury, Claudia IX. Pulido Morales, Rafael X. Reyes Moreno, Linda Johana XI. Quintero Orozco, Bibiana Stherly XII. Mendoza Chacón, Wilkar Simón XIII. Sánchez Delgado, Martha Juliana XIV. Guerrero Cárdenas, Alba Patricia XV. Rodríguez Velásquez, Brayan Orlando XVI. Tit.

340.1 N964 2018 Sistema de Clasificación Decimal Dewey 21ª edición

Universidad Simón Bolívar – Sistema de Bibliotecas

### Grupos de investigación

Altos Estudios de Frontera (ALEF), Universidad Simón Bolívar, Colombia  
Rina Mazuera Arias  
Democracia y Modernización del Estado Colombiano, Universidad Simón Bolívar, Colombia.  
Florentino Antonio Rico Calvano  
Derechos Humanos, Tendencias Jurídicas y Socio Jurídicas Contemporáneas, Universidad Simón Bolívar, Colombia.  
Inés Emilia Rodríguez Lara

ISBN: 978-958-5533-45-5

Impreso en Barranquilla, Colombia. Depósito legal según el Decreto 460 de 1995. El Fondo Editorial Ediciones Universidad Simón Bolívar se adhiere a la filosofía del acceso abierto y permite libremente la consulta, descarga, reproducción o enlace para uso de sus contenidos, bajo una licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



© Ediciones Universidad Simón Bolívar

Carrera 54 No. 59-102

<http://publicaciones.unisimonbolivar.edu.co/edicionesUSB/dptpublicaciones@unisimonbolivar.edu.co>

Barranquilla y Cúcuta

### Producción Editorial

Conocimiento Digital Accesible. Mary Barroso, Lisa Escobar

Urb. San Benito vereda 19 casa 5. Municipio Santa Rita del Estado Zulia- Venezuela. Apartado postal 4020. Teléfono: +582645589485, +584246361167. Correo electrónico: marybarroso27@gmail.com, conocimiento.digital.a@gmail.com

Diciembre del 2018

Barranquilla

Made in Colombia

### Como citar este libro

Vicuña, M. y Aguilar-Barreto, A.J. (Ed.). (2018). *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

DOI:

# 2

## CONSTITUCIONALIZACION DE LA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LA SINERGIA FRENTE AL DERECHO DE IGUALDAD<sup>1</sup>

**Edward Fabian LaTorre Osorio**

*Abogado universidad Libre, Especialista en derecho de familia de la universidad Libre de Colombia, Especialista en responsabilidad civil y daño resarcible, de la universidad Externado de Colombia, magister en derechos humanos, democracia y justicia internacional de la universidad de Valencia España, doctorando en Derecho de la universidad Complutense de Madrid-España. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2021-3399>. Correo electrónico: [e.latorre@unisimonbolivar.edu.co](mailto:e.latorre@unisimonbolivar.edu.co)*

**Diana Marcela Pantaleón Pinto**

*Abogado. Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Especialista en Familia, Universidad Libre. Candidata a Magister en Derecho Administrativo y profesora del programa de Derecho de la Universidad Simón Bolívar de Cúcuta. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7283-8764>. Correo electrónico: [pantaleon@unisimonbolivar.edu.co](mailto:pantaleon@unisimonbolivar.edu.co)*

### Resumen

Con el advenimiento de la Constitución de 1991, el modelo político – jurídico colombiano, ha experimentado radicales y profundos cambios. Transformaciones que han tenido como eje central la aplicación de principios, valores y derechos fundamentales, entre ellos, y de relevancia para el presente capítulo, el principio-derecho a la igualdad, como también, el principio de la prevalencia de los derechos del niño; principios - derechos, que a primera vista parecen colisionar entre sí, como resultado del establecimiento de un orden de protección, garantía y aplicación jerárquica de prevalencia o supremacía de los derechos de los niños, sobre los derechos de los demás miembros de la sociedad. El paradigma de investigación que fue aplicado en este estudio científico, recorrió los cauces del método cualitativo, de tipo documental - interpretativo, basado en la revisión exhaustiva y minuciosa de los textos legales colombianos en materia de derechos del niño, al igual que de las sentencias judiciales proferidas por la Corte Constitucional colombiana en materia de infancia y adolescencia. Como resultado significativo de esta investigación, se pudo verificar que si existe en el ordenamiento jurídico de Colombia, una clasificación de

<sup>1</sup> Capítulo derivado de la Investigación “Sistema jurídico colombiano” de la línea de filosófico-jurídica. presentado como ponencia en el Seminario Integrador “Nuevas tendencias del derecho en Colombia” en el programa de derecho de la universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. 2017-2

relevancia al momento de aplicar el derecho a los miembros del colectivo social; de igual manera, se pudo concluir que dicha jerarquización debe ser regulada mediante parámetros racionales de aplicación, pues de ser aplicada de manera abstracta y generalizada a los diversos contextos sociales, conllevaría a lesionar a otros derechos fundamentales en igual orden de importancia, como lo es, el derecho a la igualdad.

**Palabras clave:** Derechos del niño, constitución, principios y valores, igualdad, prevalencia.

## *Constitutionalization of the prevalence of children's rights and synergy with the right to equality*

### **Abstract**

With the advent of the 1991 Constitution, the Colombian political-judicial model has undergone radical and profound changes. Transformations that have had as central axis the application of fundamental principles, values and rights, among them, and of relevance for the present chapter, the principle-right to equality, as well as the principle of the prevalence of the rights of the child; principles - rights, which at first glance seem to collide with each other, as a result of the establishment of an order of protection, guarantee and hierarchical application of prevalence or supremacy of the rights of children, over the rights of other members of society. The research paradigm that was applied in this scientific study, went through the causes of the qualitative method, documentary - interpretative, based on the exhaustive and thorough review of Colombian legal texts on children's rights, as well as sentences judicial sentences issued by the Colombian Constitutional Court regarding children and adolescents. As a significant result of this investigation, it was verified that if there exists in the legal system of Colombia, a classification of relevance at the time of applying the right to the members of the social collective; In the same way, it was concluded that this hierarchy must be regulated by application parameters, since if applied in an abstract and generalized way to the different social contexts, it would lead to injuring other fundamental rights in the same order of importance, as it is, the right to equality.

**Keywords:** Rights of the child. Constitution, principles and values, equality, prevalence.

### **Introducción**

Con la promulgación del texto constitucional de 1991, la sociedad colombiana, a través de sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, sentaron las bases para lograr una real y radical transformación del modelo de organización político - jurídico, que regiría

---

a partir de su vigencia y en lo venidero, al Estado soberano de Colombia.

Metamorfosis que desde luego tejía su génesis, no solo a causa del contexto interno que vivía el país en las década de los 80 y 90, marcado principalmente por conflictos partidistas, luchas contra el narcoterrorismo y confrontación contra los grupos revolucionarios alzados en armas; sino que además de estas importantes causas, como legado y ante la imperiosa necesidad de adaptar y reajustar el modelo político a las nuevas realidades experimentadas por las sociedades occidentales en el siglo XX.

Entre las múltiples razones externas, resultó significativo, la ocurrencia y el impacto generado por las revoluciones sociales acaecidas tanto en Europa, como en Latinoamérica, la teorización y puesta en práctica de nuevos modelos de organización social que propugnaban por potenciar ideales y valores diferentes, o cuando menos, en un orden de importancia disímil al de la bandera de las revoluciones liberales, la crisis del Estado de Derecho, el padecimiento de dos grandes guerras mundiales, la creación de un órgano internacional con el único fin de promover la convivencia pacífica en el mundo, la declaración universal de unos derechos inherentes al ser humano, la creación y entrada en vigencia de dos grandes pactos internacionales para declarar, proteger y garantizar derechos, aun mas allá, incluso, de las fronteras del Estado, el cambio de pensamiento y perspectivas acerca de cómo entender y comprender al individuo en sí mismo provisto de un valor incalculable, y posterior a ello, al individuo como un miembro de un grupo social.

Todas las anteriores transformaciones en la concepción humana, sirvieron como catalizadores para renovar y fijar nuevamente los medios para alcanzar el horizonte del ideal de vida en comunidad, el cual sigue siendo desde los tiempos antiguos hasta la era presente, la consecución del bienestar general como pilar elemental de la convivencia armónica y en paz.

La Constitución de Colombia de 1991, hija de todos estos fenómenos sociales, tanto nacionales como internacionales, agrupo todas estas nuevas



perspectivas humanas en una carta política novedosa y vanguardista, que instituyo por primera vez en el país y elevo al rango más alto de los mandatos en sociedad, un catálogo de derechos fundamentales entendidos estos, como aquellas garantías básicas de libertad con las que cuenta el individuo frente a cualquier tipo de intervención de los poderes públicos; así como también, la estipulación de un abanico de principios y valores políticos objetivos como órdenes de optimización que guiarían la nueva voluntad política de la sociedad.

En ese orden de ideas, el texto vigente Constitucional de Colombia (1991), establece y asigna una naturaleza dual, a la igualdad; ya que en primera medida, la contempla en su preámbulo como un principio rector del nuevo Estado, al expresar que "... con el fin de fortalecer la unidad de la Nación, asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo" (p. 01), y por otro lado, en una segunda consagración constitucional, como derecho fundamental, el cual se encuentra estipulado en su Artículo. 13<sup>2</sup>, capítulo de los derechos fundamentales; de esta manera, resulta incuestionable, el valor de relevancia y trascendencia, que ocupa la igualdad en el ideario de la nueva sociedad.

Sin embargo, a pesar del establecimiento de la igualdad como valor, principio y derecho fundamental, también se encuentra contenido dentro del texto constitucional, entre la pluralidad de axiomas que la carta contiene, un principio que resulta de especial atención para el presente trabajo, ya que el mandato contemplado al final del Artículo 44. "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás" (s.p),

---

<sup>2</sup> El Artículo 13 superior establece: Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (s.p.).

pareciera establecer *prima face*, una seria discordancia con el principio-derecho a la igualdad; pues resulta apenas notorio que no podría existir una igualdad en el sentido estricto de la palabra, si al mismo tiempo existe, un mandato que expresamente establece prevalencia, privilegio o jerarquía, de elección y orden de importancia en el trato con los demás.

De esta manera el presente trabajo tiene por objeto visualizar el análisis realizado en el contexto del Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho colombiano para entender cómo se logra articular, armonizar y resolver, la aparente disonancia que existe entre el principio y derecho fundamental a la igualdad, con el principio de la prevalencia de los derechos del niño.

## Fundamentación teórica

### El principio y derecho a la igualdad

De manera genérica, igualdad implica un estado de cosas uniforme o idéntico a otro, en ese sentido y siguiendo la dinámica explicativa del estado de naturaleza y la sociedad civil de los hombres, la primera verdad indudable es que los seres humanos son diferentes por naturaleza; aun cuando en esencia y por regla general su biología interna sea similar – los procesos biológicos que sustentan la vida son semejantes en todos los hombres-, claramente la naturaleza y su azar, terminan por marcar distinciones tanto externas como internas entre cada individuo que pertenece a una misma especie. Es por estas razones que inevitablemente debe afirmarse que no hay dos seres iguales.

Así, vemos como la primera gran diferencia natural e insuperable, es la existencia de dos sexos pertenecientes a una misma especie, en ese mismo sentido e igual de evidentes son las diferencias respecto al tamaño, fuerza, color o habilidades mentales – entre otras- que posee cada individuo de la especie humana; por otro lado, además de las diferencias naturales, los seres humanos mediante el desarrollo de sus civilizaciones, han logrado acrecentar estas diferenciaciones por medio de la implantación de costumbres y tradiciones asociadas con cada pueblo

---

– creación de diferencias socio antropológicas- a las cuales han llamado identidad cultural. Entre esta multiculturalidad encontramos como símbolos distintivos un lenguaje, una religión, una etnia, unas opiniones políticas, una filosofía de vida, etc. factores externos e internos de cada grupo social en un tiempo y espacio determinado, que a la postre marcan una forma distinta en el modo de concebir la existencia.

Todo esto refleja el escenario en que debe accionar el principio de igualdad, pues de entrada se dirá que él no hace alusión a una unidad de seres, sino todo lo contrario, que, habiendo una diversidad de individuos, con una heterogeneidad de condiciones y una multiculturalidad de expresiones del significado de vivir, todos pueden coexistir y desarrollar sus proyectos de vida en un sistema de cooperación social.

Así pues, la primera gran aportación de la racionalidad en sociedad para lograr hacer efectivo ese principio de igualdad, se denomina igualdad ante la Ley o igualdad formal. Con este primer avance se eliminan los privilegios odiosos – sociedad estamental- y los tratamientos diferenciados irracionales –discriminación por sexo, raza, cultura, etc. entre los individuos que componen el colectivo social, haciendo posible de esta manera, en un primer comienzo, la creación de un espacio imparcial y más o menos uniforme, que contribuirá a lograr una confianza, estabilidad y seguridad en las relaciones que surgirán entre ellos, todo esto, por medio de un instrumento llamado ley.

En palabras concretas la igualdad formal permite que se superen las diferencias naturales y culturales, En este sentido Rousseau (2012), declara:

(...) en vez de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye la desigualdad física que la naturaleza ha podido desarrollar entre los hombres por una igualdad moral y legítima, de forma que, aun pudiendo ser desiguales en fuerza o talento, se convierten todos ellos en iguales por convención y derecho. (p. 26)

Como segunda premisa, la igualdad implica la posibilidad de que cada persona pueda lograr realizar su proyecto de vida, bajo el principio

---

de la dignidad humana, y este postulado inescindiblemente está ligado a la existencia real de oportunidades, que a su vez está estrechamente entrelazado con la declaración, protección y garantía de unos derechos fundamentales, pero también, con la capacidad y distribución de los recursos económicos para hacer efectivas esas opciones de vida. A esta concepción superior del concepto de igualdad, se le conoce como igualdad material, igualdad social o igualdad de hecho. Escenario que solo es posible con un papel activo y social por parte del Estado-intervencionismo estatal para buscar compensar las desigualdades económicas o naturales. Este principio, (Rawls. 2014) afirma, “que las desigualdades inmerecidas requieren una compensación; y dado que las desigualdades de nacimiento y de dotes naturales son inmerecidas, habrán de ser compensadas de algún modo. Así el principio sostiene que con objeto de tratar igualmente a todas las personas y de proporcionar una auténtica igualdad de oportunidades, la sociedad tendrá que dar mayor atención a quienes tienen menos dotes naturales y a quienes han nacido en las posiciones sociales menos favorables. La idea es compensar las desventajas contingentes en dirección a la igualdad”. (p. 103)

La anterior evolución sobre el principio de igualdad, permite observar cómo se ha transitado a través de una primera noción de igualdad en sentido restringido o formal, a una acepción de igualdad mucho más amplia y moral -igualdad sustancial-, llegando así en nuestros días, a centrar la aplicación de dicho principio sobre el aforismo aristotélico (2004) de tratamiento igual a lo igual y desigual a lo desigual. Es decir, una suerte de principio de compensación de la diferencia, que en palabras de Heller (2004) se expresa:

(...) la igualdad formal de la democracia política, aplicada a situaciones jurídicas desiguales, produce un derecho material desigual, contra el cual declara su hostilidad la democracia social. Puesto que es un hecho que en toda comunidad se den las desigualdades sociales y económicas entre los individuos, una interpretación material del principio de igualdad supone la exigencia de que sea el Estado el encargado de hacer realidad este principio. No basta con que el estado dicte normas no discriminatorias, sino que ha de adoptar medidas para conseguir la igualdad efectiva de todos los ciudadanos. Y entre estas medidas puede

---

ser preciso en ocasiones dictar normas aparentemente desigualitarias para favorecer a ciertos sectores de población en situación de inferioridad económica o social. (p.322)

## **Metodología**

La metodología empleada en la presente investigación se caracterizó por hacer uso del paradigma cualitativo, basado en la revisión de los textos normativos colombianos que desarrollan y regulan la materia de los derechos de los niños, especialmente la Constitución Política de 1991 y la ley 1098 de 2006 "Código de la infancia y adolescencia"; así como también, del examen de los grandes pactos internacionales que son vinculantes para Colombia en materia de derechos de los menores, en especial, Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966 y Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; de igual manera se analizaron los más significativos precedentes jurisprudenciales establecidos por la Corte Constitucional colombiana, en su ejercicio de máximo intérprete de la Constitución, respecto de los derechos del menor, en especial sentencias T-557/11, T-260/12, T-119/16; todo ello para ser contrastado con la realidad dada de Colombia y corroborar como en la práctica se observa la aplicación literal de la norma, respecto del establecimiento de una aplicación superior y preferente a favor de los niños colombianos frente a los demás miembros de la sociedad, al momento de proteger y garantizar derechos, y como la aplicación genérica de esta garantía puede conllevar a lesionar directamente otros mandatos constitucionales de igual valía, como lo es el derecho a la igualdad.

## **Resultados y discusión**

### **Prevalencia de los derechos del niño**

Como ya ha quedado enunciado en el cuerpo de este documento, en Colombia existe una clara disposición constitucional que otorga prevalencia de manera expresa a los derechos del niño, por encima de los derechos de los demás; ahora bien, dicha distinción normativa, que

---

en línea de principio podría catalogarse de discriminatoria y preferencial, ha sido larga y profundamente estudiada por el órgano encargado en nuestro país de interpretar la Constitución, y sus mandatos político – jurídicos; función que a la luz del Artículo. 241 de la carta política del 1991, le compete a la Corte Constitucional.

El Tribunal Constitucional Colombiano (Sentencia, T-557/11), interpretando el Artículo 44 superior nuestra carta política, en atención a la prevalencia de los derechos de los niños, sostuvo, que este “contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”.

Esta disposición armoniza, asimismo, con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que, por su falta de madurez física y mental, necesitan protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento. Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. (s.p.)

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su Artículo 3°, (Colombia. Congreso de la república. Ley 12/91) pone énfasis en la necesidad de tener en cuenta el interés superior del menor, al establecer

---

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”.

A tono con esta serie de disposiciones internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido enfáticas en su línea de precedentes, en resaltar y asumir como dogma, la importancia del interés superior del menor, como una obligación ineludible y de estricto cumplimiento por parte de los Estados. Al respecto, en el caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (2010), señaló, que debe ser “entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”.

Este principio pretende orientar el ejercicio interpretativo que debe adelantar la autoridad, cuando se haga necesaria su intervención por encontrarse 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 esta razón, los derechos e intereses de los padres y demás personas relevantes deben ser interpretados y garantizados en función del interés superior del menor, de manera que sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños.

De igual manera, la misma corporación (Sentencia, T-119/16), refiere, reafirma y apuntala en su jurisprudencia, que los principios que fundan esta declaración de derechos a favor de los menores, hunden sus raíces centrales en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y que estos son: (i) la igualdad y no discriminación; (ii) el interés superior de las y los niños; (iii) la efectividad y prioridad absoluta; y (iv) la participación solidaria.

En este mismo sentido, las disposiciones legales internas, normatividad (Colombia. Congreso de la república. Ley 1098/06) que gobiernan los derechos de los menores, consagran y reiteran nuevamente lo ya expuesto en los mandatos constitucionales y desarrollos jurisprudenciales, en los términos que estipula de la siguiente manera:

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

Artículo 9°. 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.

Con base en las anteriores razones es posible afirmar que existen fundamentos constitucionales, normas legales e interpretaciones jurisprudenciales constitucionales, que, a nivel interno, establecen, aceptan y promueven, la supremacía o prevalencia de los derechos del niño, sobre los derechos de los demás.

### ***Interpretación del principio de la prevalencia de los derechos del menor a la luz del derecho a la igualdad***

A fin de acompañar todo lo dicho en el desarrollo de este capítulo, es preciso establecer, como se armoniza el principio de la prevalencia de los derechos del niño, con el derecho fundamental que les asiste a todas las personas que habitan en el territorio nacional, a un trato igual.



---

Pues bien, la óptica que se pretende aquí exponer, sigue la concepción contemporánea de la igualdad, es decir, la igualdad en sentido material, permitiendo entonces tomar una posición firme, bajo la tesis de que es correcto y propio del nuevo modelo de Estado social, que se establezcan distinciones o priorizaciones en el tratamiento de las personas, siempre y cuando estas formas de trato distintivo obedezcan y tengan por fin, disminuir algún tipo de desigualdad natural, social o económica, que conlleve con este trato diferente o especial, a lograr una real forma y experiencia, de igualdad social material.

La desigualdad creada en el trato distintivo a los niños, a manera de enfoque diferencial, permite entonces acortar la brecha de diferencia que existe entre los miembros de la especie humana, que por factores biológicos – edad-, se encuentran en un periodo de la vida, en el cual son especialmente débiles y vulnerables, frente a los demás congéneres, como también, frente a los riesgos y vicisitudes propios de la vida en sociedad y el mundo natural; por otro lado, también es incuestionable, que en el cuidado y pleno desarrollo de la niñez, se asegurara el bienestar y continuidad de la próxima generación de la especie humana. De allí que sean estas fuertes y sólidas razones, a manera general, las que permitan y justifiquen un trato distintivo y priorizado en la configuración de cómo se protegen y garantizan los derechos de los niños, frente a los derechos de los demás miembros de la especie.

Con relación a la especial protección en el ámbito nacional e internacional que se le debe a los niños y niñas, la Corte Constitucional de Colombia (sentencia, T-260/12), sostuvo que debe ser:

Tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los

---

niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales. (s.p.)

Dicho trato distintivo se ve especialmente reforzado a nivel constitucional, cuando, además, de la cláusula de enfoque diferencial establecida en el inciso 3 del Artículo 13 de la carta, también existe en el mismo texto, otro mandato superior contenido en el inciso 3 del Artículo 44, que establece un tratamiento, protección, garantía y aplicación jerárquica, respecto de los derechos de los niños, sobre los demás. Este último más explícito y con mayor relevancia en cuanto a los efectos de su mandato, por cuanto es norma especial, derecho fundamental, cuya arquitectura y teleología está hecha para defender y proteger de manera prevalente y especial, a los niños del país.

De esta manera, este doble blindaje evidencia, en primera medida, la relevancia y el papel central que ocupó para el constituyente del 91, la protección y desarrollo de la niñez colombiana.

Sin embargo, tal estipulación, también dejó sentado de manera positivista y rigurosa, un claro mandato que en algunos eventos o circunstancias podría tornarse como riesgoso – el de prevalencia de los derechos del niño-, ya que el constituyente del 91, ordenó una aplicación irrestricta e imperativa, de un precepto constitucional de valoración y privilegio de protección jerárquica en abstracto, respecto del orden de tutela de los derechos de los individuos que componen la sociedad; situación está, que desde luego no es propia, ni está acorde con los nuevos paradigmas o visiones del derecho, los cuales son más tendientes al establecimiento de normas cuya estructura sea de mandatos abiertos o indeterminados – principios de textura abierta- para que de esta manera, los mismos puedan ser reinterpretados constantemente, teniendo como norte el contexto y la realidad fáctica social, al momento de aplicarlos y darles alcance, con el único objetivo de establecer siempre la valoración más real y justa posible.

Y es que de la lectura del inciso 3 del art. 44 de la norma superior, fácilmente es deducible que el mismo no permite realizar juicios de

---

ponderación, proporcionalidad o enfoque diferencial material, por cuanto el mandato es claro y literal: el derecho de los niños prevalece sobre el de los demás. Dicho en otros términos, el diseño normativo del inciso 3 del art. 44 de la carta política, no permite realizar una hermenéutica de contextos o realidades sociales, ya que no permite juzgar los eventos fenomenológicos en los que se encuentren inmersos los niños, por cuanto ordena siempre, en todo momento y lugar, la protección prevalente y especial de sus derechos, de esta manera produciendo como efecto colateral, el sacrificio directo o la relevación a un segundo lugar, de los derechos de los demás.

Orden que desde luego, se constituye como vulnerador de la teleología del art. 13 de la Constitución del 91, por cuanto rompe de forma directa el derecho fundamental de igualdad – todas las vidas tienen el mismo valor y todos los hombres son iguales-, como también, impide realizar el juicio de enfoque diferencial material, cercenando la posibilidad de analizar y valorar realidades sociales, como derechos en colisión, por cuanto establece un imperativo normativo claro y abstracto al momento de proteger derechos. Es decir, la orden de prevalencia de los derechos de los niños sobre los demás, termina convirtiéndose de manera abstracta en una clara afectación a los derechos de igualdad de los demás.

Es por las razones anteriormente expuestas, que dicho principio necesariamente debe ser concretado y modulado mediante parámetros y criterios de razonabilidad, a fin de que el mismo, en su esencia, no termine vulnerando el principio-derecho de la igualdad; pues de una lectura literal del principio contenido en el inciso tercero del Artículo 44, y de una revisión jurisprudencial, se puede establecer con inobjetable claridad, un orden jerárquico o si se quiere una supremacía y autoridad en la protección y garantía de los derechos que le asisten a los niños, sobre los derechos que le asisten a todos los demás miembros de la sociedad. Jerarquización que a todas luces no es propia de la naturaleza de los Estados Constitucionales y Sociales de Derecho, donde el principio-derecho de la igualdad ocupa un lugar central en el desarrollo pacífico de la sociedad.

---

## Conclusiones

La Constitución del 1991, estableció en su parte dogmática para el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho Colombiano, una serie de principios y derechos fundamentales que en variadas y frecuentes ocasiones parecen colisionar y establecer tensiones entre sí. Uno de estos choques, es el que se genera al estudiar los alcances, compatibilidad y la armonía que existe entre el principio – derecho a la igualdad, con el de la prevalencia de los derechos del niño.

El principio de la prevalencia de los derechos de los niños, contenido en el inciso tercero del Artículo 44 de la carta política, establece una clara y expresa diferenciación en el orden jerárquico de supremacía respecto a la aplicación e importancia en la protección, respeto y garantía de los derechos fundamentales en favor de los niños. Mandato constitucional que ha sido interpretado y ratificado pacíficamente, por parte de la Corte Constitucional de Colombia, así como también, por los tribunales internacionales, especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El principio de la prevalencia de los derechos del niño, provoca como resultado material una desigualdad por expreso mandato constitucional, a favor de los menores de edad y en menoscabo de los derechos de todos los demás miembros de la sociedad. Diferenciación que, si bien tiene su fundamento en fuertes razones humanistas, no por ello deja de ser y causar un cierto peligro en el modelo de Estado Constitucional, ya que como se estudió, dicho principio, carece de criterios bien definidos de interpretación, alcance y aplicación, que permitan tener una clara regla de aplicación en la variedad de contextos que pueden presentarse en la vida en sociedad y en los cuales deba aplicarse el principio del interés superior del menor.

**Como citar este capítulo**

Latorre Osorio, E., y Pantaleón Pinto, D. (2018). Constitucionalización de la prevalencia de los derechos del niño y la sinergia frente al derecho de igualdad. En M. Vicuña, y A.J. Aguilar-Barreto. (Ed.), *Nuevas tendencias del derecho en Colombia*. Cúcuta, Colombia: Ediciones Universidad Simón Bolívar.

**Referencias**

- Aristóteles. (2004). *Ética a Nicómaco*, Ed. Alianza Editorial.
- Baquerizo, J. (1994). *Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación*. *Revista Jurídica*, 1, pp. 19-52.
- Colombia. Asamblea Nacional Constituyente (1991). Constitución política de Colombia.
- Colombia. Congreso de la República. (1991). Ley 12/91. 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. Diario Oficial 39640 de enero 22. Bogotá.
- Colombia. Congreso de la República. (2006). Ley 1098/06. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Diario Oficial No. 46.446 de noviembre 8. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2011). Sentencia, T-557/11. Ref.: Exp.: T-2983421. M.P.: Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2012). Sentencia, T-260/12. Ref.: Exp.: T-3.273.762. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá.
- Colombia. Corte Constitucional. (2016). Sentencia, T-119/16. Ref.: Exp.: T-5.204.534. M.P. Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá.
- Convención sobre los derechos del niño. (1989). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Comunidad

- 
- Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.
- Heller, H. (2004). *Las ideas políticas contemporáneas*, Granada. España: Ed. Comares.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A. (XXI).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales. (1966). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A. (XXI)
- Rawls, J. (2014). *Teoría de la justicia*, Mexico: Ed. Fondo de Cultura Económica.
- Rousseau, J. (2012). *El Contrato Social*, Madrid, España: Ed. Tauros.

A partir de la dinámica jurídica colombiana, derivada de los ajustes generacionales y sociales que trae consigo la postmodernidad, se exige del Derecho la comprensión de la realidad para aportar soluciones concretas, ajustadas al precedente constitucional vinculante que garanticen el establecimiento de un orden justo y una seguridad jurídica. El pensamiento jurídico-filosófico impone el reto en el jurista en desarrollar su capacidad de pensar correctamente, en procura de saciar el interés de la justicia y del derecho, eliminando confusiones, detectando ambigüedades, explicitando alternativas y construyendo respuestas a los conflictos que se le ponen de presente.

Este texto ofrece resultados de investigaciones de corte jurídico que desde las corrientes filosófico-jurídicas que han inspirado el sistema colombiano, el impacto de implementación TIC en los procesos de aprendizaje, los cambios del modelo político-jurídico colombiano, el impacto que frente al derecho de propiedad de terceros adquirentes de buena fe ha tenido la Ley de Restitución de Tierras, de la responsabilidad extraterritorial de los Estados de origen de las compañías trasnacionales mineras, de la evolución del reconocimiento de derechos a la comunidad LGBTI.