

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

*Clínica de Interés Público del Departamento
de Derechos Humanos de la Universidad Sergio Arboleda*

Bogotá D. C., Octubre 11 del 2013

HONORABLES MAGISTRADOS Y MAGISTRADA

Corte Constitucional

M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

E. S. D

***REF:** Intervención ciudadana. Expediente No.T-3.948.488.
ACCIÓN DE TUTELA INSTAURADA POR BUENO CRIS-
TIAN DANIEL CONTRA CONSEJO SUPERIOR DE LA JU-
DICATURA SALA DISCIPLINARIA Y OTRO.*

Honorables Señores Magistrados y Señora Magistrada,

La Clínica de Interés Público adscrita al Departamento de Derechos Humanos de la Universidad Sergio Arboleda, actuando en calidad de ente académico, en respuesta a la invitación de la Corte Constitucional para rendir concepto en el proceso de la referencia, respetuosamente permite presentar ante ustedes el presente documento, con el fin de coadyuvar en el debate jurídico planteado.

En este escrito se trata de realizar un breve análisis referente al tema, teniendo en cuenta lo establecido en los convenios suscritos por parte del Estado Colombiano y la Constitución de 1.991 al respecto, donde claramente se establece una protección a la autonomía de los pueblos indígenas y a su vez se le da prevalencia a los derechos de los niños frente a cualquier otro.

Teniendo en cuenta lo anterior como punto de partida, es necesario examinar lo anteriormente dicho por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional en casos similares referentes a la protección que debe efectuar el Estado frente a los Derechos de los Niños, para finalmente realizar un test de proporcionalidad entre los derechos del menor y la mujer frente a los derechos de los pueblos.

Corte interamericana de derechos humanos

Con lo referente a este tema de la prevalencia de los derechos de los niños en todo caso y frente a todas las jurisdicciones y acá incluida la indígena, hay saber que existe un límite cuando se presenta una violación al derecho de los niños en lo referente a la vida, la integridad personal y a la libertad; por lo que se debe saber que los derechos de los niños están en un peldaño superior a la Constitución. Pero en el caso en concreto, en este conflicto jurisdiccional que se presenta entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción indígena y sobre quien debería tener la competencia para juzgar al infractor de los derechos de la niña indígena, debemos decir que se debe actuar de manera contundente en estos casos de violencia y vulneración de los derechos de los niños no debería haber una discriminación entre jurisdicciones, por lo que lo mejor y lo ideal que en estos casos sea la jurisdicción ordinaria de la nación sea la que se encargue tanto de investigar como de sancionar estas conductas referentes a la libertad, la vida y la integridad personal aun cuando hayan sido cometidas por individuos circunscritos a jurisdicciones especiales.

Por lo dicho anteriormente, a continuación se analizaran los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo referente a la prevalencia de los derechos de los niños frente a otras normas.

Hay que saber que La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expresado muchas veces sobre la prevalencia de los derechos de los niños por lo cual hay que analizar una serie de casos en los que se han presentado vulneraciones a estos derechos anteriormente mencionados.

En primer lugar se estudiara una demanda de 1997 denominada con el nombre Villagrán Morales que la Corte Interamericana de Derechos Humanos recibió en contra de Guatemala por secuestro, tortura y ase-

sinato de un grupo de personas en el cual se encontraban 2 menores de edad de nombres Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, que en este caso fueron secuestrados, torturados y posteriormente asesinados, y para este caso la Corte expreso que la nación guatemalteca había violado el artículo 19 de la Convención Americana de los Derechos del niño, y esta se expreso diciendo que dicho país había incurrido en múltiples y graves vulneraciones a los derechos de los niños al no poder establecer con firmeza las medidas y preceptos necesarios para impedir la práctica de agresiones hacia los niños en cualquier situación social por parte de las fuerzas armadas; a esto le añadió que los niños no solamente son sujetos de una protección especial sino que además agrego la Corte que los niños son sujetos de pleno derecho, y que es de vital importancia que el niño lo sepa para el satisfactorio desarrollo de su personalidad, y con esto queriendo decir que las decisiones de los Estados sean creadas y adoptadas considerando a los niños como efectivamente sujetos de derechos y que estos así lo deben percibir y sentir.

Hay que saber que lo importante de este caso para el caso lo estableció La Comisión que alegó en la demanda que Guatemala había violado el artículo 19 de la Convención Americana al omitir tomar medidas adecuadas de prevención y protección en favor de Julio Roberto Caal Sandoval, de 15 años, Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17 años, y Anstraum Aman Villagrán Morales, también de 17 años de edad; por lo que la Comisión de la CIDH expreso una serie de explicaciones que se verán a continuación:

“La Comisión sostuvo que los delitos cometidos contra dichos menores “constituye[n] un ejemplo de las graves violaciones de derechos humanos de que fueron objeto niños de la calle guatemaltecos en el período de tiempo de que se trata en la denuncia de este caso””.

“A lo anteriormente expuesto se suma, en opinión de la Comisión, el “grave riesgo para el desarrollo e inclusive para la vida [...] misma]” a que se ven expuestos los “niños de la calle” por su abandono y marginación por la sociedad, situación que “se ve agravada en algunos casos por la exterminación y la tortura de que son objeto menores por escuadrones de la muerte y por la Policía misma””.

“Estimó, en particular, la Comisión, que el Estado omitió tomar medidas destinadas a “salvaguardar la formación y la vida de las víctimas”, a investigar y poner fin a los abusos, a castigar a los respon-

sables, y a “capacitar e imponer adecuadas medidas disciplinarias y sanciones a sus agentes”. Todo ello a pesar de tener conocimiento, a partir de informes presentados al Estado por parte de varios organismos internacionales y de denuncias realizadas por organizaciones no gubernamentales, de que los “niños de la calle” eran objeto de actos de violencia, especialmente por parte de miembros de la policía”.

“En sus alegatos finales, la Comisión señaló que Guatemala firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante “Convención sobre los Derechos del Niño”) el 26 de enero de 1990 y depositó el respectivo instrumento de ratificación el 9 de junio de 1990 -esta Convención entró en vigor el 2 de septiembre de 1990-32-. En 1995, durante el desarrollo de las audiencias ante el Comité de los Derechos del Niño, órgano de supervisión creado por dicha Convención, Guatemala presentó un informe en el que manifestó que “podría sólo informar de la situación [de los “niños de la calle”] desde 1994” y 32 En relación a este punto, la Comisión explicó que, anteriormente al momento de los hechos, Guatemala había expresado su consentimiento a obligarse a respetar los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y que, consecuentemente, de conformidad con el art. 18.b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que dispone que un Estado está obligado a no realizar actos que pudieran ir en contra el objeto y el propósito del tratado que ha firmado, Guatemala estaba obligada a respetar los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño en el mes de junio de 1990. Agregó que “aunque el número de quejas relativas a brutalidades policiales sufridas por los niños de la calle había] disminuido, el problema no había] sido resuelto y el aparato policial no había] sido completamente reestructurado”. Además, expresó que existía en ese país “una cultura violenta y ‘que la policía no recibía entrenamiento para tratar a estos niños’”. Por último, el Estado “reconoció que en los primeros tres meses de 1996, 84 niños habían sido asesinados y que de acuerdo a la información disponible había sólo siete [condenas]”. La Comisión aseveró que esta declaración constituyó un acto unilateral de reconocimiento de hechos que generan responsabilidad internacional”.

“La Comisión describió a los tres niños víctimas de los hechos de este caso como personas que vivían en condiciones socioeconómicas extremadamente precarias y que luchaban por sobrevivir solos y temerosos en una sociedad que no los acogía, sino que los excluía. Además afir-

mó que, como el Estado se abstuvo de tomar medidas de investigación efectivas y perseguir y castigar a los responsables, exacerbó el riesgo de violaciones de derechos en perjuicio de los “niños de la calle” en general y de las víctimas de este caso en particular”.

“La Comisión sostuvo que la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Igualmente, afirmó que mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a la familia, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Según la Comisión este deber estatal especial abarca el amparo de una amplia gama de intereses, sociales, económicos, civiles y políticos, del niño”.

“El artículo 19 de la Convención establece que “[todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado]”.

“El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. De conformidad con la legislación guatemalteca vigente para la época en que ocurrieron los hechos del presente caso, igualmente eran menores, quienes no habían cumplido los 18 años de edad. Según esos criterios sólo tres de las víctimas, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraum Villagrán Morales, tenían la condición de niños. Sin embargo, la Corte emplea, en esta sentencia, la expresión coloquial “niños de la calle”, para referirse a las cinco víctimas en el presente caso, que vivían en las calles, en situación de riesgo”.

“La Corte también ha reconocido como hecho público y notorio, en esta misma sentencia, que para la época de los sucesos que constituyen la materia de este caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los “niños de la calle”, ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios (supra, párr. 59. c y 79)”.

“La Corte, al considerar los diversos informes sobre la problemática de los “niños de la calle” en Guatemala, y las características y circunstancias del presente caso, estima que los hechos que culminaron con la muerte de los menores Caal Sandoval, Juárez Cifuentes y Villa-

grán Morales se vinculan con el patrón de violencia contra “niños de la calle” en Guatemala, vigente en el periodo en que ocurrieron esos hechos”.

“A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”.

“Esta Corte ha dicho que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”³⁴. De conformidad con esta postura, la Corte también ha afirmado que a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que [la Declaración Americana] contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la Organización] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar [esta última] en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración”.

“El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.

“Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.

“La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los “niños de la calle” que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma”. Dichas disposiciones son transcritas a continuación:

ARTÍCULO 2

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

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

ARTÍCULO 3

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

ARTÍCULO 6

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

ARTÍCULO 20

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

ARTÍCULO 27

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

ARTÍCULO 37

Los Estados Partes velarán porque:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

“Las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección” a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la

reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Es claro para esta Corte que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones”.

“Existen en el expediente referencias documentales al hecho de que uno de los tres niños de los que trata el presente caso, Jovito Josué Juárez Cifuentes, estaba registrado en “archivos delincuenciales” del Gabinete de Identificación de la Policía Nacional. Al respecto, la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los “niños de la calle” están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”. Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices”.

“Por todo lo anterior, la Corte concluye que el Estado violó el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los menores Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstrraum Aman Villagrán Morales”.

En segundo lugar, se incurrió en el estudio del caso Bulacio en contra de Argentina en el año 2003 en el cual la Corte mediante su competencia sanciona al Estado argentino a resarcir con una indemnización a favor de la familia de Walter David Bulacio, menor de edad y quien fue víctima de una agresión injustificada y excesiva por parte de la autoridad pública que se produjo luego de una detención en las afueras de un concierto; en esa ocasión el menor de edad fue agredido por los agentes de policía y además estos agentes omitieron la notificación al juez correccional de menores, aparte de esto el menor tuvo que ser trasladado a un centro de asistencia médica dado que producto de las agresiones policiales este empezó a producir fuertes vómitos y que posteriormente produjeron su fallecimiento; además en este caso la Corte se expresa acerca del concepto de impunidad, el cual se verá a continuación: “La Corte entiende como impunidad la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento

y condena de los responsables de las violaciones de los derecho protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.

En este caso también considere pertinente la declaración y dictamen de Emilio García Méndez que es experto en legislación sobre niños y adolescentes y que dice lo siguiente:

Los abusos policiales mantienen una intensidad y frecuencia preocupante en América Latina. Es razonable plantear la hipótesis de que existe una fuerte relación de causa efecto entre la frecuencia e intensidad de los abusos policiales y las detenciones arbitrarias, y de estas últimas, a su vez, y con el concepto de “protección”, tal como éste se presenta en la cultura jurídica “minorista”.

Respecto de las aprehensiones policiales arbitrarias en Argentina, parecería regir un criterio estricto y restrictivo para los mayores de edad y un criterio mucho más laxo y discrecional para los menores.

Durante casi 70 años, desde 1919 hasta la aprobación y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989, las detenciones arbitrarias de menores no sólo constituyeron una práctica habitual, sino que además convivieron pacíficamente con la doctrina y la legislación vigente.

Ha sido la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 la que ha permitido, paradójicamente, entender el carácter flagrantemente inconstitucional de todo el soporte jurídico de “protección-represión” de la infancia pobre en la Argentina. En este sentido, la política de asistencia social de los niños pobres y de los adolescentes rebeldes y marginados fue organizada con base en la violación sistemática de los más elementales preceptos constitucionales.

Para que una aprehensión policial sea acorde con los estándares internacionales de derechos humanos, las causales para privar de la libertad a una persona (mayor o menor de edad) deben estar previamente establecidas por una ley en sentido formal, obviamente de conformidad con la Constitución Nacional. En segundo lugar, los procedimientos para llevarla a cabo deben estar objetivamente definidos en una ley.

En tercer lugar, aún cuando la aprehensión policial se ajuste a lo señalado por la ley, no debe ser arbitraria, es decir, debe ser razonable, previsible y proporcional en el caso particular. Asimismo, debe asegurarse un respeto irrestricto de las garantías judiciales a toda persona privada de la liber-

tad. Tratándose de una persona menor de edad, es imprescindible, además, que su familia sea notificada de la medida y de los motivos de ésta en forma inmediata o en el plazo más breve posible, como resguardo esencial para la tutela de sus derechos.

Los principales obstáculos para el respeto de los derechos humanos de la infancia no están constituidos sólo por una técnica jurídica ambigua y defectuosa, sino sobre todo por una cultura jurídica estereotipada en torno al sentido y alcance de la debida protección a sujetos cuya vulnerabilidad, en buena medida, ha sido artificialmente construida.

En el Caso Bulacio se presentaron varios elementos que lo convierten en emblemático. En primer lugar, la existencia de una efectiva regulación normativa violatoria de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos, incluido el Memorandum No. 40. Por otro lado, la persistencia de una política más o menos sistemática de razias, aceptada, sobre todo en relación con los jóvenes, como una forma de prevención especial. Asimismo, estuvo presente la vigencia de altos niveles de impunidad de acciones delictivas policiales, especialmente en relación con los menores de edad. Finalmente, en el caso Bulacio fue determinante la persistencia de una cultura de la “protección” que no quiere, no puede o no sabe proteger a sectores vulnerables, si no es por medio del abandono o debilitamiento de derechos y garantías.

Finalmente, es indispensable una adecuada interpretación de las garantías que establece la Convención Americana para mayores y menores de edad, en consonancia con lo afirmado en la Opinión Consultiva OC-17/02, Condición jurídica y derechos humanos del niño, emitida por la Corte Interamericana, como orientación para encauzar la actividad estatal en el respeto riguroso de los derechos humanos de todas las personas.

En los casos analizados se ve de forma clara existencia de una uniformidad en el concepto y razonamiento de la Corte que considera a los niños sujetos plenos de derecho y que a su vez poseen y deben tener una protección especial, incluyendo aquí la interdependencia de la Convención Americana sobre los DH y la Convención de los Derechos de los niños.

A esto también la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia acerca de ciertos ámbitos que deberían mencionarse, como lo es la protección especial que tienen los niños que ya había sido plasmado en el ámbito internacional por la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño del año 1924 y la Declaración

Universal de los Derechos Humanos en la cual se plasmó que los niños tienen un cuidado y asistencia de carácter especial; en el ámbito americano, la Convención Americana en su artículo 19 expresa que todo niño tiene derechos a medidas de protección especiales por parte del Estado, la sociedad y su familia; por lo que la Corte no hace tarea más fácil pero completa que recopilar estos principios y aplicarlos de manera efectiva y justa ya que los niños por su falta de madurez física y mental requieren de cuidados y protecciones de carácter especial, e inclusive la debida protección legal por encima de las normas comunes de todos los demás ciudadanos; lo cual implica una protección reforzada y de manera adicional a la que tiene cualquier otra persona por el solo hecho de ser un niño; y en lo referente al conflicto de jurisdicciones en el caso materia de estudio, el Estado debe ponderar el interés superior de los niños y de esa manera evitar vulneraciones a sus derechos así e encuentren cobijados por alguna jurisdicción especial y en este caso la indígena pero lo que hay que afirmar que la protección de los derechos de los niños trascienden las fronteras de las jurisdicciones especiales por lo cual se le exige al Estado un posición de garante con mayor cuidado y responsabilidad en lo concerniente a los derechos de los niños y por lo que tiene una verdadera obligación jurídica. Por esta razón la Corte en repetidas oportunidades ha reiterado que cuando estamos frente a las violaciones de los derechos de los niños existe un criterio de mayor gravedad.

Para culminar el análisis sobre la protección de los derechos de los niños, llegue a la conclusión de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido la gran oportunidad de plasmar unos preceptos básicos en relación al contenido de un principio fundamental en el mencionado ámbito de los derechos del niño y con esto hace referencia al interés de carácter superior que poseen los niños, el cual plasma como una obligación que se consideren la dignidad humana y los características fundamentales y propias de los niños para así saber como actuar en casos particulares en los que se encuentre un niño. Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explica y expresa que debe tomarse de manera necesaria en cuenta la necesidad de exaltar el desarrollo de los niños, con un aprovechamiento de sus potencias y sus más profundas habilidades, para así poder concluir que el principio de interés superior del niño o de su bienestar esta compuesto por una serie de factores que se explican

como criterios de carácter relevante que se deben tomar en cuenta por los que estén obligados a este principio que son los padres, la sociedad y por ultimo el Estado; dichos elementos que tiene en cuenta el principio del interés superior del niño son de carácter diverso, como por ejemplo la dignidad humana, las características propias de los niños o evaluar la situación de vida en la que se encuentre el niño, como también la necesidad propiciar su desarrollo con el eficaz aprovechamiento de sus potencialidades, como también la consideración de que el principio del interés superior del niño es la base eficaz para el plasmamiento de los derechos humanos de los niños.

Corte Constitucional

El máximo tribunal constitucional, en reiteradas ocasiones se ha pronunciado acerca del interés superior del menor, estableciendo sus alcances y la forma como este debe ser protegido y garantizado por parte de las autoridades estatales. En consecuencia con esto se tiene un amplio desarrollo constitucional de esta figura que cada vez cobra más importancia tanto en el Derecho nacional como internacional.

Hay que empezar por referirse al concepto del interés superior del menor, definido por la jurisprudencia constitucional así:

*“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, 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”*¹

La Corte Constitucional ha señalado las características del interés superior del menor. En la Sentencia T-189 de 2003 ha señalado estas características así:

“La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un

¹ (Sentencia T-514 de 1998, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, 1998)

concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor."²

La Corte también ha señalado que el derecho superior de los niños contiene una naturaleza *real y relacional*, circunstancia por la cual se exige que en el caso concreto sean verificadas las circunstancias propias del contexto en el cual se desarrolla el menor.³ De acuerdo con esto, la Corte Constitucional en sentencia T-900 de 2006, ha señalado una serie de criterios para tener en cuenta en el análisis de un caso específico:

"En efecto se han fijado dos condiciones a verificar, fácticas y jurídicas, que contribuyen a determinar el grado de bienestar del menor. Dentro de las primeras, i) fácticas se encuentran "–las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados–," y las (ii) jurídicas p (Sentencia T-497 de 2005, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2005) reveen "–los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil–."¹³⁰

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional también ha señalado aquellos supuestos que interfieren en la correcta comprensión del interés superior del menor como es la arbitrariedad de los demás o la voluntad o mero capricho ya sea "de los padres o de los funcionarios públicos encargados de protegerlo."¹³¹ Sin que esto signifique que los derechos de los menores puedan imponerse sobre los de los otros sin importar o sin considerar los derechos e intereses conexos de "los padres y demás familiares. Así las cosas éste Tribunal ha señalado que "el interés superior del menor prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos. El sentido mismo del verbo "prevalecer"¹³² 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 mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor."¹³³

² (Sentencia T-189 de 2003, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra., 2003).

³ (Sentencia T-900 de 2006 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, 2006).

Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor

Dentro de los múltiples criterios que la Corte Constitucional ha elaborado como herramientas útiles para determinar el interés superior del menor y cuya implementación se encuentra condicionada a la situación concreta del niño o niña en cuestión, ésta Sala considera que los siguientes elementos conforman los aspectos más relevantes para adoptar una decisión en el caso sometido a estudio. Para lo cual daremos continuidad a algunos de los elementos considerados en la Sentencia T-510/93:

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

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

3. Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaliente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver

conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso. Sin embargo, como parámetro general, ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo (...) cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo³⁴. El contenido y alcance de los derechos conexos de los padres se precisa en el acápite 3.3. de estos considerandos.

4. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. El contenido y las manifestaciones del derecho de los niños a crecer en una familia se precisa en la siguiente sección (numeral 3.2.).”

5. Protección del menor frente a riesgos prohibidos, ésta premisa, entendida como el despliegue de amparo y protección que los padres ejercen sobre sus hijos con el fin de evitar abusos y arbitrariedades sobre los menores, resguardándolos de riesgos extremos que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas[35], exige de los padres un constante ejercicio de ponderación, pues no se trata de un derecho absoluto y carente de límites. Por el contrario, la loable protección y cuidado de los ascendientes sobre su progenie, en cumplimiento del mandato legal que insta a los padres a cuidar, criar, corregir, alimentar, educar y amar a sus hijos, debe además conciliarse con los derechos fundamentales en cabeza del menor, lo que significa que el padre o la madre debe realizar un constante ejercicio de ponderación entre la protección que despliega sobre su hijo, la potencialidad del riesgo y la libertad requerida por el menor para su sano desarrollo integral, todo ello según cada fase de desarrollo del niño.

La complejidad que ésta premisa envuelve demanda una constante estimación entre el cumplimiento de las obligaciones que recaen en los padres y los incuestionables derechos de sus hijos, así como una exigente adaptación de los padres a la evolución del menor y los riesgos potenciales según cada etapa de su desarrollo. Así, la protección de los padres frente

a los riesgos prohibidos de sus hijos debe entonces valorarse en cada caso concreto, a fin de delimitar la magnitud de tales riesgos, según el entorno del menor y teniendo siempre como guía el bienestar de cada niño en particular”⁴

Por su parte la sentencia T-497/05 con ponencia del Dr. Rodrigo Escobar Gil, estableció unos criterios jurídicos generales y unos específicos para determinar el interés superior del menor, los criterios jurídicos generales son:

“(1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir.”⁵

En cuanto a los criterios jurídicos específicos, dicha sentencia contiene que:

“Básicamente son tres los criterios específicos que ha trazado esta Corporación para este tipo de situaciones y que son aplicables al caso que hoy se revisa. Como ya se dijo, estos criterios tienen como finalidad última la de prestar la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. Estos criterios son: (I) la necesidad de preservar el derecho del menor a tener una familia y no ser separado de ella; (II) la traslación del ámbito de protección del derecho a la familia del menor hacia su familia de crianza y, finalmente, (III) la necesidad de que existan razones poderosas que justifiquen la intervención estatal en las relaciones familiares de crianza del menor.”⁶

La Corte Constitucional en Sentencia C-061 de 2008 se ha referido directamente al tema del artículo 44 constitucional en cuando al desarrollo sexual de los menores de la siguiente manera:

“Adicionalmente, tales incisos primero y segundo del comentado artículo 44 contienen varias referencias expresas a la protección

⁴ (Sentencia T-900 de 2006 M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño, 2006).

⁵ (Sentencia T-497 de 2005, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2005).

⁶ (Sentencia T-497 de 2005, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, 2005).

contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, los cuales no sólo habilitan, sino que además obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión que ello sea posible, la rehabilitación de los menores que hayan sido víctimas de ellos”⁷

Test de proporcionalidad

Para empezar a desarrollar este tema, es importante tener en cuenta la definición que da la Real Academia Española, que define Ponderación como la atención, consideración, peso y cuidado con que se dice o hace algo. Sin embargo, el test de ponderación, llamado también como el test de proporcionalidad, el cual se define como la conformidad de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí.

Se entiende entonces, que la proporcionalidad esta en conformidad con un derecho fundamental más que con el otro en conflicto, pero, no lo excluye sino hay conformidad con el todo en este caso con toda la Constitución que engloba a los derechos fundamentales.

Es así, como se puede decir que la utilización del test de proporcionalidad presupone un conflicto o una colisión entre derechos fundamentales y hay siempre razones en pugna, intereses, en suma, normas que suministran justificaciones diferentes a la hora de adoptar una decisión, sino el equilibrio entre tales interés, razones o normas; al contrario, lo habitual es que la ponderación desemboque en el triunfo de alguno de ellos en un caso concreto.

Previamente a la aplicación del test de Proporcionalidad se somete el caso concreto a 3 exámenes para identificar si es razonable aplicar dicho test. Estos exámenes son:

Examen de idoneidad.

Examen de necesidad

Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Después de conocer en qué consiste y la definición del test de proporcionalidad se pueden señalar la existencia de los dos derechos

⁷ (Sentencia C-061 de 2008, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla, 2008).

que entran en colisión en este caso en concreto, para que uno obtenga el mayor grado de satisfacción o afectación que el otro, de la siguiente manera:

Derechos del menor y de la mujer

De acuerdo a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política, la cual reconoce que *“los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”* y además contiene la enumeración de los derechos de los niños (inciso 1°) elevados a la categoría de fundamentales y por la misma razón susceptibles de protección mediante la acción de tutela; y el establecimiento de los deberes de asistencia y protección en cabeza del Estado, la familia, y la sociedad en general (inciso 2°) con el fin de materializar dicho conjunto de derechos.

Frente al contenido del artículo 44 y en directa relación con la integridad sexual de los menores, la doctrina y la jurisprudencia han establecido lo siguiente:

“Adicionalmente, tales incisos primero y segundo del comentado artículo 44 contienen varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, los cuales no sólo habilitan, sino que además obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión que ello sea posible, la rehabilitación de los menores que hayan sido víctimas de ellos”.

Así mismo, el artículo 44 de la Constitución es el reflejo de los convenios internacionales ratificados por Colombia, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en cuyo artículo 19 se lee: *“todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*; y la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3.1 señala *“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”*, y en su artículo 3.2. *“los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas*

responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

Teniendo en cuenta lo establecido en la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde establece que:

“la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades” y luego, “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.

Así mismo, dicha declaración, nos establece una definición de Violencia contra la mujer de la siguiente manera:

“Por violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”.

Como se puede anotar, la definición incluida en esta Declaración, abarca la violencia física, psicológica y sexual, en el ámbito público y privado, especialmente en sus hogares o familias. Como es el caso en el que nos encontramos, ya que es dentro del seno de una comunidad indígena donde se produce la violación a la menor.

Si bien, hay que proteger la autonomía de los pueblos indígenas, proteger no significa ser inmutable. Por el contrario, es responsabilidad del Estado, ayudar, a los pueblos indígenas, quienes están en constante contacto con el mundo foráneo, a evolucionar sin vulnerar su cosmovisión y costumbres, pero si aboliendo las prácticas que atentan contra la dignidad humana y los derechos de las personas. Un claro ejemplo de esto, son los logros que se han obtenido con la lucha contra la ablación femenina.

En este caso, no se puede indagar sobre si la niña accedió al acceso carnal o no. Ya que tratándose de menores de edad, este no es un

tema a discutir. Se entiende que la niña es víctima de una práctica, que aunque pueda ser tradicional es vulneratoria y abusiva.

Finalmente, se puede indicar, que esta práctica realizada por muchos pueblos indígenas en Colombia es una clara vulneración a los Derechos Humanos, toda vez que el lugar de las niñas y niños no es la maternidad o la paternidad, ni la de cumplir con roles de esposas, esposos u objetos sexuales que satisfacen el deseo del otro género. Este tipo de prácticas son abusivas porque, generalmente, sustraen a las niñas de la educación, lo que perpetua el ciclo de la pobreza y genera daños físicos y emocionales irreparables.

Derechos de los pueblos

El artículo 7 de la Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana. Así mismo, el artículo 70 de la Constitución recuerda la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país y reconoce, a nivel constitucional, que la existencia de varias etnias y culturas dentro del territorio es un valor social susceptible de protección constitucional por tratarse de un elemento esencial en la conformación de la identidad colombiana.

En cuanto al derecho internacional, el conjunto de principios constitucionales que enmarca las relaciones entre las diferentes culturas se manifiesta en el Convenio 169 de la OIT “*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”. Este convenio, cuyas disposiciones sobre los derechos de los pueblos y las personas indígenas han sido elevadas a rango constitucional en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad, se caracteriza por promover el *respeto por la diferencia y promoción de la autonomía* de los pueblos aborígenes, así como el reconocimiento de la *consulta previa* y el *territorio colectivo*, entre otros. Así mismo, en relación con el autogobierno de los pueblos indígenas y la protección del territorio colectivo de los pueblos aborígenes.

Conclusiones

Así las cosas y teniendo en cuenta los pronunciamientos realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Constitucional Colombiana y lo establecido en la Constitución Política de 1991, la Clínica de Interés Público adscrita al Departamento de De-

rechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, encuentra pertinente expresar los siguiente:

1. Reconocer que al día de hoy se vive en una sociedad mixta. Sin embargo, esa sociedad debe transformarse para el beneficio de sus conciudadanos, más aun en el caso de las mujeres, quienes han sido históricamente discriminadas, como es el caso en concreto.
2. Es por esto, que se debe hablar de una violación que no se puede justificar en una práctica cultural, la cual no debe primar por encima de los derechos nucleares (Libertad, Integridad y Vida) de las mujeres y los niños.
3. Este tipo de prácticas, en donde hombres mayores tienen relaciones con menores tienen asidero en muchas culturas alrededor del mundo. Se trata de prácticas basadas en la idea machista de que el cuerpo de las niñas es susceptible de apropiación. Convirtiéndose en una práctica y un pensamiento extendido en todas las culturas (en distintos niveles) independientemente que sean indígenas o no.
4. Si bien es cierto, se debe proteger la autonomía de los pueblos indígenas, proteger no significa ser inmutable. Por el contrario, es responsabilidad del Estado, ayudar, a los pueblos indígenas, quienes están en constante contacto con el mundo foráneo, a evolucionar sin vulnerar su cosmovisión y costumbres, pero si aboliendo las prácticas que atentan contra la dignidad humana y los derechos de las personas. Un claro ejemplo de esto, son los logros que se han obtenido con la lucha contra la ablación femenina.
5. En el caso en concreto, no se puede hablar sobre el consentimiento otorgado por parte de la niña al acceso carnal, toda vez que tratándose de menores de edad, este no es un tema a discutir. Y se sobreentiende que la niña es víctima de una práctica, que aunque pueda ser tradicional es abusiva, porque la violencia contra la mujer es un problema estructural de la sociedad, que afecta a todas las mujeres, y con mayor severidad a las niñas indígenas.

La Clínica de Interés Público adscrita al Departamento de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda considera que el debate planteado en esta acción es fundamental para definir la forma en que se debe ponderar los derechos de los niños frente a los derechos de los pueblos frente a algunas prácticas abusivas realizadas frente a menores en el seno de diversas comunidades indígenas en el país y por ello de esta decisión depende que se establezca ante que jurisdicción se deba realizar el juicio de los integrantes de las comunidades indígenas que transgreden el Código Penal en cuanto a los delitos referentes contra los niños.

Conforme a lo expuesto anteriormente, el Departamento de Derechos Humanos de la Universidad Sergio Arboleda solicita **DENEGAR LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE** y como consecuencia declarar que ante este tipo de situaciones similares, donde se encuentren vulnerados los derechos nucleares de los niños, sea jurisdicción ordinaria, quien se encargue de llevar el juicio del imputado, respetándole a este el derechos de un juicio justo.

Att:
Coordinación
Clínica de Interés Público
Departamento de Derechos Humanos
Universidad Sergio Arboleda.

