

Sentencia C-273/03

DERECHOS DEL NIÑO-Protección integral

DERECHOS DEL NIÑO-Aplicación

Los derechos de los niños no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos –prestación que contemplan.

DERECHOS DEL NIÑO-Carácter fundamental

DERECHOS DEL NIÑO-Mecanismos de protección

DERECHOS DEL NIÑO-Efectividad de la protección integral

La protección integral de los derechos del niño se hace efectiva a través del principio del interés superior del niño, consagrado en el mismo artículo 44 Superior al disponer que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, y en el numeral 1° del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual “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”.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR- Significado y alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Contenido

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Función hermenéutica

Además de limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-
Orientación

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Compromisos para los Estados partes

1) Se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. 2) Garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. 3) Adoptar todas las medidas administrativas como legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. 4) Respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad. 5) Reconocer que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. 6) Inscribir al niño inmediatamente después de su nacimiento y que tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir la nacionalidad 7) Prestar la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA-
Reivindicación de doctrina acerca del cuidado del niño en su primera infancia

DERECHOS DEL NIÑO-Interés en el cuidado y amor para el caso colombiano

DERECHOS DEL NIÑO-Sistema jurídico para dar protección al menor

DERECHOS DEL NIÑO-Los primeros obligados a dar protección y amor son sus padres

PATERNIDAD-Significado en cuanto involucra la participación del padre en el cuidado y amor del hijo

PATERNIDAD-Implicaciones en el desarrollo del infante

PATERNIDAD-Elementos que comprende

PATERNIDAD COMPROMETIDA-Características

PATERNIDAD-Incidencia del cuidado en el desarrollo infantil

PATERNIDAD-Importancia en el desarrollo del niño

LICENCIA DE PATERNIDAD-Origen y justificación

La idea de que el padre debe involucrarse activamente en la crianza de los hijos, brindándoles protección, cuidado y amor, especialmente en los primeros momentos de vida, llevó a la Organización Internacional del Trabajo -OIT- a adoptar en el año de 1981 la Recomendación sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, cuyo numeral 22 sugirió a los países miembros la consagración de una licencia parental o de paternidad para que los padres trabajadores contribuyeran al cuidado del hijo recién nacido, y de esta forma pudieran conciliar su vida profesional con la familiar.

LICENCIA DE PARTENIDAD REMUNERADA-Antecedentes legislativos

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-Consagración

Otorga al esposo o compañero permanente -con independencia de la licencia de maternidad- el derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso de que solo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud o de ocho (8) días hábiles en el evento en que ambos padres estén cotizando. Dicha licencia es incompatible con la licencia de calamidad doméstica;

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-Finalidad

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-Definición

La licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide al hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor.

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-Objetivo

FAMILIA EN LA CONSTITUCION POLITICA

La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, pues según se advirtió anteriormente, si fue la voluntad del legislador al crear la licencia remunerada de paternidad otorgar este derecho para los padres que han decidido voluntariamente garantizar los derechos del hijo otorgándole dedicación, atención y cuidado de manera permanente y estable, nada se opone a que esta

situación se presente dentro del entorno familiar que brinda el matrimonio o la unión marital de hecho.

FAMILIA-Núcleo esencial de la sociedad

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Formulado como garantía de la vigencia de los demás derechos que le corresponde

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-Requisito de convivencia no resulta razonable

Referencia: expediente D-4274

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 3 del artículo 1º de la Ley 755 de 2002, *“Por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo”*.

Actor: Juan Carlos Tristancho Villalba

Magistrada Ponente:
Dra. CLARA INÉS VARGAS
HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., primero (1) de abril de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 241-4 de la Constitución Política, y cumplidos los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, dicta la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242 el ciudadano Juan Carlos Tristancho Villalba solicita a la Corte declarar inexecutable el inciso 3 del artículo 1º de la Ley 755 de 2002, *“por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo”*.

La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del 26 de septiembre de 2002 admitió la presente demanda por cumplir los requisitos de ley y en consecuencia ordenó su fijación en lista, el traslado al señor Procurador General de la Nación, para efectos de obtener el concepto de su competencia, al tiempo que dispuso la comunicación del presente proceso al Señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, al Ministro de Salud, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, así como al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Academia Nacional de Jurisprudencia y a los Departamentos de Derecho Público de las Universidades Nacional, Externado, Rosario y Javeriana con el fin de que emitieran su concepto en relación con la presente demanda.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir de fondo la demanda de la referencia.

II. NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la Ley 755 de 2002, resaltando el inciso demandado, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 44.878 del 25 de julio de 2002.

LEY 755 DE 2002 (julio 23)

Por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Modifícase el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:*

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Artículo 2°. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación.

(Se subraya lo demandado).

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante considera que el segmento normativo impugnado del artículo primero de la Ley 755 de 2002 desconoce el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta Política, porque restringe la aplicación de la licencia remunerada de paternidad respecto de hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente, discriminando a los niños recién nacidos que están por fuera de las condiciones previstas en la Ley que al igual que los otros merecen gozar de la atención y cuidado de sus padres durante sus primeros días de existencia.

En su parecer la licencia de paternidad no es solo una medida que debe beneficiar al padre trabajador sino en igual o mayor forma al menor que necesita del cuidado y atención de sus progenitores, sin importar que sus padres no estén casados o no convivan en una unión marital de hecho.

Según el actor lo acusado también viola el artículo 44 Constitucional que consagra la prevalencia de los derechos de los niños, toda vez que al disponer que la licencia remunerada de paternidad solo se otorga a favor de los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente, se vulneran los derechos al cuidado y al amor de sus padres de los niños nacidos por fuera de las condiciones establecidas en la disposición demandada y se desconoce igualmente la obligación que conforme a la norma superior tienen la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger a los menores para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por los motivos señalados el demandante solicita se declare la inexecutable del precepto acusado.

IV.- INTERVENCIONES

1. Universidad Nacional de Colombia

El profesor Luis Eduardo Montoya Medina, en nombre de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, interviene en el presente proceso para solicitar la inexecutable de la expresión “*En este último caso se requerirán dos años de convivencia*” del artículo 1° de la Ley 755 de 2002”, con base en lo siguientes argumentos.

Considera que el inciso impugnado presenta dos escenarios: la licencia de paternidad matrimonial y la licencia de paternidad extramatrimonial en la convivencia mínima de 2 años, aún cuando resultan muchas otras hipótesis, obviamente excluidas si la norma se interpreta taxativa y rigurosamente.

En relación con la supuesta infracción al principio de igualdad, considera que el cargo está llamado a prosperar modulativamente pues se discrimina a los hijos de quienes no demuestren estar casados o no sean compañeros permanentes por un mínimo de dos años de convivencia, olvidando que en la Constitución de 1991 “*la progeneración no puede tener distinciones, ya que es igualitaria y responsable, y no depende de la naturaleza del vínculo; tampoco es solo biológica, sino que también la hay de naturaleza legal, como en la adopción o en la progeneración asistida científicamente*”.

En su opinión, no podría decirse que dicha prestación es inexecutable porque se haya concedido a los casados. Tampoco resulta contrario a la Constitución que se otorgue licencia a los padres extramatrimoniales si la misma se consagra por el hecho de la paternidad, pero en tal caso resulta inexecutable que se exija el requisito temporal de los dos años pues se

excluye de la prestación a quienes son padres pero no pueden acreditar una convivencia mínima de dos años.

Sostiene el interviniente, que *“el escenario constituido únicamente por hijos matrimoniales y extramatrimoniales de parejas de mínimo de dos años de convivencia como condición para que sus progenitores disfruten de la licencia, excluye o discrimina desconociendo la protección constitucional de tratamiento igualitario, porque la prestación se refiere a la progenitura y no a su realización dentro del matrimonio o con ocasión de la convivencia marital mínimo por dos años”*

Frente a la supuesta violación al artículo 44 del Estatuto Superior, opina el interviniente que el cuidado y el amor que se les debe brindar a los menores, no depende del estado civil o de la condición social de los padres, por lo que se evidencia que los que no estén en las situaciones contempladas en la ley demandada, quedan privados de brindárselo a sus hijos recién nacidos.

En conclusión, considera que el inciso tercero demandado regula una de las múltiples hipótesis que pueden darse, pues existen otras como por ejemplo el caso de los niños frutos de relaciones sexuales esporádicas o científicamente asistidas, los de las mujeres que optaron por su maternidad como madres solteras o de padres solteros, por lo que al excluir la licencia para los casos restantes, impone a la Corte, declarar inexecutable la exigencia legal contenida en la expresión *“En este último caso se requerirán 2 años de convivencia”*, y modular la sentencia de executableidad de la parte restante del inciso, para que el derecho al disfrute de la licencia no se limite con ocasión de los nacimientos de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, sino a causa de la progenitura misma.

2. Ministerio de Salud

Por medio de apoderado, el Ministerio de Salud intervino en el proceso para defender la constitucionalidad de la disposición demandada.

Señala que en materia de seguridad social los beneficios reconocidos a los cónyuges de los asegurados deben cobijar sin ninguna restricción o diferencia a los compañeros permanentes, tal como lo establece la Constitución Política.

Sostiene que la protección que se brinda a las parejas unidas en relaciones de hecho radica en la convivencia que ellas tienen, sin que se pueda predicar que los beneficios que la ley otorga a tales parejas se hagan extensivos a quienes en realidad no conviven como tal, razón por la cual la norma acusada no vulnera el derecho a la igualdad.

En relación con la supuesta infracción del artículo 44 de la Carta, el interviniente considera que no se presenta pues si la pareja no tiene la convivencia que exige la ley mal puede predicarse desconocimiento del derecho que tienen los niños de gozar del amor y cuidado de sus padres pues estos deben proporcionarle afecto sus hijos desde el momento de la gestación y no esperar al hecho del nacimiento para beneficiarse de una licencia remunerada, pues tal cariño debe ser permanente.

3. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

Por intermedio de apoderado interviene para defender la constitucionalidad de la norma acusada por considerar que cuando se estableció la licencia remunerada de paternidad lo que se buscaba era que el padre colaborara con el cuidado y atención del menor y de la madre mientras ella se recuperaba del parto, circunstancia que sugiere que la compañía del padre durante la primera semana de edad facilita la recuperación de la madre, de lo contrario dicha prestación se convertiría en una especie de descanso remunerado para el padre que no convive con su cónyuge o compañera permanente.

Afirma que la exigencia de una prueba de la convivencia efectiva en el caso de la compañera permanente no vulnera el derecho a la igualdad, ya que solo se trata de un mecanismo que tiene el sistema de seguridad social para reconocer los beneficios a sus afiliados, sin que con ello se contravengan las disposiciones constitucionales que consagran el derecho a la igualdad y la especial protección a los niños y la familia.

4. Universidad del Rosario

El Decano de la Facultad de Jurisprudencia Dr. Juan Manuel Charry Urueña solicita que se declare inexecutable el inciso 3 del artículo 1º de la ley 755 de 2002.

Expresa que la llamada “Ley María” fue expedida con el propósito de proporcionar un ambiente familiar al niño en sus primeros días, razón por la cual consagró el reconocimiento de una licencia remunerada para el esposo o compañero permanente, siempre y cuando en este último caso hayan mediado dos años de convivencia.

Afirma que en principio no podría decirse que el inciso acusado de la Ley María viole la igualdad real y efectiva, pues solo exige una condición de permanencia comprobada para el reconocimiento de un derecho, lo que implicaría dar un tratamiento desigual a los desiguales. Sin embargo, cree que frente al artículo 44 Superior tal condición no resulta coherente con la necesidad de proteger con carácter prevalente los derechos fundamentales

de los niños y tampoco se aviene al artículo 42 de la Carta ya que al tenor de esta norma superior no es posible establecer un tratamiento diferente respecto de los recién nacidos en virtud de vínculo existente entre los padres matrimoniales, con los hijos extramatrimoniales o los concebidos en unión libre, toda vez que unos y otros tienen los mismos derechos.

Por esta razón, al disponerse en la Ley que la licencia remunerada de paternidad solo opera a favor de los esposos y compañeros permanentes que tengan dos años de convivencia, lo acusado infringe el derecho de igualdad pues genera un trato discriminatorio entre los niños cuyos padres no pueden cumplir con tales requisitos.

5. Academia Colombiana de Jurisprudencia

En nombre de la Academia Colombiana de Jurisprudencia el Dr. Carlos Fradique Méndez, se pronunció en favor de la constitucionalidad de la norma acusada, pues en su parecer conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Carta no todos los casos deben ser tratados de la misma manera ya que ser iguales no es lo mismo que ser idéntico y aunque se predique la igualdad ante la ley no se puede imaginar que algún día lleguemos a ser todos idénticos.

Sostiene que la licencia de paternidad se concede para que los recién nacidos tengan el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de sus padres, filosofía ésta que es la que ha sido invocada en otros países donde se ha adoptado dicho derecho tales como Puerto Rico, México, Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Holanda, Noruega, Suecia, Brasil, Argentina, Paraguay, Chile y Uruguay.

Considera que siendo este el propósito de la licencia de paternidad es de entender que la ley debe señalar los requisitos que garanticen que el niño va a recibir esos beneficios, pues la licencia de paternidad no se instituyó en beneficio del padre sino del recién nacido y si no se tiene una garantía mínima de que será atendido por aquél la licencia no debe reconocerse.

Afirma que de los padres que están casados pero que están separados se debe presumir que el padre no estará junto a su hijo recién nacido. La misma situación se puede presentar con la pareja que no está casada entre sí y no hace vida marital.

En este sentido afirma que *“como no puede presumirse por norma general que todos los padres casados, solteros, divorciados, separados, están dispuestos a dedicarse en debida forma a la atención de la criatura con el fin de ofrecerle el cuidado, el afecto, el amor y la ternura de que habla la exposición de motivos (de la ley demandada), es por lo que la Ley fijó unos parámetros mínimos de los cuales, según el leal saber y entender del*

legislador, se puede presumir que el reconocimiento de la licencia cumplirá los objetivos para los cuales se concede”.

Finalmente, el interviniente hace unas reflexiones sobre las cuales cree que la Corte debe pronunciarse. En primer lugar señala que no encuentra una explicación razonable a la diferencia en la duración de la licencia dependiendo de si el padre cotiza o no al sistema de seguridad social, pues en su opinión si el pago de los días de la licencia de *maternidad* no depende de que el padre esté cotizando, bajo ese mismo entendido el pago de la licencia de *paternidad* tampoco puede depender de que la madre esté cotizando. En segundo lugar, con relación al requisito de la convivencia considera que así como la norma acusada lo exige a los compañeros permanentes también debe exigirlo a los cónyuges para efectos del otorgamiento de la licencia de paternidad, de tal modo que los separados de hecho y los separados legalmente no puedan tener derecho a la misma. Y en tercer lugar, considera que como la norma acusada guardó silencio sobre la prueba de la unión marital de hecho ella debe consistir por lo menos en dos declaraciones extraproceso.

Por lo anterior concluye que la Corte debe declarar la exequibilidad de la disposición acusada bajo el entendido que tanto los padres casados entre sí, como los padres que viven en unión marital de hecho, deben convivir al momento del parto para tener derecho a la licencia de paternidad.

6. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Jefe de la Oficina jurídica del ICBF solicita la inexecutable del segmento normativo impugnado, pues en su sentir el legislador al aprobar una ley que se refiera a los derechos de los menores de edad, debe apartarse de justificaciones que contengan cualquier tipo de discriminación que infrinja la Constitución; por el contrario, debe tomar decisiones que hagan prevalecer los derechos fundamentales de los menores.

Sostiene que de conformidad con el artículo 42 de la Constitución Política son igualmente dignos de respeto y protección las familias originadas en el matrimonio como las constituidas al margen de éste, porque es al Estado a quien corresponde garantizar la protección en forma integral de la familia, independientemente de su constitución (vínculos naturales o jurídicos), teniendo en cuenta siempre la igualdad de trato.

Apoyada en decisiones de la Corte Constitucional señala que los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes, por lo que conforme al artículo 13 Superior deben recibir la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminación.

Estima que por esta razón el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a derechos y deberes de quien tienen la calidad de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de él.

Con base en lo argumentado, concluye que al consagrar el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 que el compañero permanente tiene derecho a la licencia de paternidad siempre y cuando la unión marital exista por un término no inferior a dos años, el legislador contradice los citados preceptos constitucionales, al igual que la finalidad e intención de la ley que es la de proteger sin ninguna discriminación a los niños recién nacidos.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación, en concepto No. 3077 de fecha 13 de noviembre de 2002, solicita a la Corte declarar inexecutable en su totalidad el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002.

Considera que la Corte debe modificar su jurisprudencia en lo que tiene que ver con la protección a la familia para que ampare a las familias distintas de las conformadas por el matrimonio o por la unión marital de hecho.

Señala que con relación a la protección a la familia la Asamblea Nacional Constituyente sostuvo que las familias unidas por vínculos naturales o jurídicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil de lo cual no se desprende que el matrimonio y la unión marital de hecho sean los únicos tipos de familia.

En su parecer la regulación jurídica que tiene las normas civiles deja por fuera otras clases de familias que se dan en nuestra sociedad y que pese a no reunir las características que menciona la legislación, (unión de hombre y mujer con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente), sí corresponden al criterio que se plasmó en el artículo 42 de la Carta política, según el cual la familia también se constituye por la voluntad responsable de conformarla, tal es el caso de las uniones maritales abiertas, la mujer soltera con hijos o la mujer cabeza de familia, ya sea porque el padre de éstos la abandonó o porque fue su deseo concebirlas sin la aquiescencia y el apoyo del progenitor, o los hijos que son el producto de la reproducción asistida; incluso se encuentran las parejas homosexuales que hacen vida en común, las que en su concepto constituyen una realidad no reconocida por el legislador.

Afirma, que la Constitución protege a la familia en un sentido amplio, es decir, no solo a las familias monogámicas y heterosexuales sino a todas las demás, razón suficiente para que la Corte cambie la jurisprudencia que sobre el tema ha debatido y ampare a las familias distintas de las conformadas por el matrimonio o por la unión marital de hecho.

Igualmente expresa que la Asamblea Nacional Constituyente discutió sobre el derecho de la mujer de permanecer al lado de su hijo recién nacido y lo esencial que es que el padre participe en los primeros días del niño, ya que su presencia proporciona a la mujer, además de una ayuda práctica, la seguridad que ella requiere para crear un ambiente propicio para el desarrollo de su hijo.

Indica que según los antecedentes del artículo 43 de la Constitución, la protección a la mujer durante y después del embarazo involucra la importancia de la compañía y apoyo del progenitor de su hijo, indistintamente de que exista o no un vínculo jurídico entre la mujer y el padre del recién nacido.

De lo anterior concluye, que temas tan diversos como la familia y los niños fueron tratados conjuntamente en la Asamblea Nacional Constituyente sin perder de vista que una cosa es la regulación legal de la familia, la cual ha sido reglamentada por el legislador mediante las normas del Código Civil y de la Ley 54 de 1990, y otra muy distinta es la protección a los menores y la niñez que consagró la Carta, porque si bien el tema de los niños no se puede estudiar aisladamente de los asuntos referentes a la mujer y a la familia, esto no significa que los derechos de los niños consagrados expresamente en la Constitución tengan que supeditarse a las regulaciones que sobre la familia existen en el ordenamiento jurídico.

Afirma que la Ley 755 del 2002 busca desarrollar las disposiciones constitucionales que amparan a la niñez, protección que es indiferente al tipo de familia a la que el menor pertenece, por lo que restringir el derecho de los padres progenitores al requisito de los dos años de convivencia no tiene justificación razonable alguna y constituye una discriminación para los hijos de padres no casados o que han convivido en unión libre por un tiempo inferior a los dos años.

Así mismo, indica que según los antecedentes de la norma cuestionada no se buscaba favorecer al padre, por el contrario lo que busca es la defensa de los derechos del niño, tanto en la etapa prenatal como en el momento de su nacimiento.

En ese orden de ideas, sostiene que la condición para que opere la licencia remunerada de paternidad contenida en el inciso tercero del artículo primero de la Ley 755 de 2002 es contraria al principio de igualdad.

Argumenta que la filosofía y objetivo de la mencionada ley no es otro que brindarle al recién nacido la oportunidad de contar con el cuidado y amor de su padre durante los primeros días de vida y a su vez que la madre pueda contar con el apoyo y la compañía del padre de su hijo independientemente del tipo de familia que hayan conformado.

Por esta razón la ley más que proteger patrimonialmente a la mujer o al hombre como ocurre con las disposiciones de la Ley 54 de 1990 y las normas civiles que sí protegen a los cónyuges, o con las normas que regulan la sustitución pensional que protegen económicamente al cónyuge y compañero permanente, trata de proteger es al menor recién nacido que es asunto diferente.

El Jefe del Ministerio Público concluye que la condición para que opere la licencia remunerada de paternidad contenida en el inciso tercero del precepto acusado, es contraria al principio de igualdad, y no existe explicación alguna para que los hijos de padres no casados o de compañeros permanentes que no lleven dos años de convivencia con su pareja, se vean privados de recibir el amor y cuidado de éstos en los primeros días de su vida. Señala que la única condición válida que establece la ley demandada, es que el padre haya reconocido al menor como su hijo para que haga efectiva la licencia de paternidad.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer y decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, de conformidad con el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. El problema jurídico planteado

Para el actor el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 es inconstitucional, porque al consagrar la licencia remunerada de paternidad solamente respecto de hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente, evento este en el cual se requerirá de dos años de convivencia, no sólo discrimina a los niños recién nacidos que están por fuera de las condiciones previstas en la Ley, vulnerando de esta forma el artículo 13 Superior, sino que también los priva injustificadamente del derecho fundamental al cuidado y protección de sus padres durante sus primeros días de existencia, desconociendo también el artículo 44 de la Carta Política.

Algunos intervinientes consideran que la inconstitucionalidad del inciso radica en la exigencia de dos años de convivencia para el reconocimiento de la licencia de paternidad en el caso del hijo nacido de la compañera permanente, pues en su sentir el derecho que consagra la norma tiene fundamento en el simple hecho de la progeneración y por tanto debe concederse a todos los padres sin importar si conviven o no con la madre del neonato. Otros, en cambio, propugnan por la constitucionalidad del precepto impugnado al estimar que la licencia de paternidad no fue instituida en beneficio de los padres sino del hijo recién nacido, quien requiere del cuidado, atención y afecto que solo puede brindar el progenitor que hace vida marital con su esposa o compañera permanente.

El Procurador, por su parte, estima que el inciso acusado es inexecutable por cuanto la especial asistencia y protección estatal que contempla el artículo 43 Constitucional en favor de la mujer durante el embarazo y después del parto, comprende también la compañía y el apoyo que el progenitor le brinda en esos momentos sin reparar en la existencia de un vínculo de convivencia entre la pareja, lo cual juzga consecuente con la filosofía de la Ley 755 de 2002 de brindarle al recién nacido la especial protección que la Carta consagra en su favor.

Corresponde entonces a la Corte dilucidar si el inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 al disponer que la licencia remunerada de paternidad solo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente con quien se tenga dos años de convivencia, desconoce los artículos 13 y 44 de la Constitución Política.

3. El interés superior del niño y la garantía de la plena satisfacción de sus derechos

La Constitución de 1991 en sus artículos 42, 43, 44 y 45 acoge la doctrina de la protección integral de los menores que ya aparecía plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país mediante la Ley 12 de 1992, y en la que se concibe dicha protección como la vigencia y satisfacción simultánea de todos los derechos de la infancia.

La protección integral al menor en la Constitución de 1991 se constituye en primer lugar por un sistema general de principios y garantías establecidos para todas las personas donde se encuentran, entre otros, el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida, a la integridad física, la salud, la seguridad social, la nacionalidad, etc; y además, por uno especial con características y eficacia concretas que se traduce en que dichos derechos *son fundamentales y prevalentes*.

Los derechos de los niños no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos –prestación que contemplan. Es así como se consagró en la Constitución que la familia la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En este sentido, la Corte Constitucional al analizar el contenido del artículo 44 Superior, sobre los derechos fundamentales de los niños, consideró que:

“El primer aspecto a resaltar de esta norma es la doble categorización que hace de las garantías contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,¹ dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

“El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional, ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos.²

“En cuanto a los derechos contemplados, la norma reitera varias garantías que están consagradas para todas las personas en otras disposiciones también constitucionales, como los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el nombre, la nacionalidad, la educación, la cultura y la

¹ Con relación a la *fundamentalidad* de los derechos de las niñas y los niños ver entre otras las sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-043/95 (M.P. Fabio Morón Díaz).

² Por ejemplo, en la sentencia T-598/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se decidió que permitir “(...) indiscriminadamente y por principio la detención domiciliaria de las madres de menores, no sólo pone en entredicho la seguridad del Estado y la tranquilidad ciudadana, sino que no soluciona el verdadero problema. Esto es, la humanización de las condiciones carcelarias. Lo pertinente, en este orden de ideas, es adaptar el sistema penitenciario a las exigencias del estado social de derecho, de tal manera que se respeten los derechos de los menores.”

libertad de expresión. En otros casos enuncia derechos generales, pero precisa algún contenido específico, como el derecho a tener una familia, que en el caso de los menores contempla un contenido especial: no ser separado de ella.

“En tercer lugar, se encuentran garantías especialmente consagradas para los menores: el derecho a recibir una alimentación equilibrada³ y el derecho a recibir cuidado y amor, los cuales, en especial el segundo, adquieren un lugar destacado en el análisis del presente caso.

“La norma también eleva a nivel constitucional la protección contra diferentes formas de agresión, tales como el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos”⁴.

Entonces, la nueva normatividad sobre los derechos del niño se funda en que derivan de su condición de persona; por lo tanto, los mecanismos para su protección son complementarios, más no sustitutivos de los generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas. En este sentido puede afirmarse que los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos.

La protección integral de los derechos del niño se hace efectiva a través del principio del *interés superior del niño*, consagrado en el mismo artículo 44 Superior al disponer que “*los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás*”, y en el numeral 1° del artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual “*1. 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*”.⁵ Otros instrumentos internacionales revelan también la presencia de la noción del interés superior del niño. En efecto, la declaración de Ginebra de 1924 estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor o con frases como “*los niños primero*” hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y su posterior incorporación o inclusión en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16)

³ La Constitución contempla un subsidio alimentario a cargo del Estado para las mujeres en estado de embarazo y después del parto, si para entonces están desempleadas o desamparadas (art. 43, C.P.), y para personas en condiciones de indigencia.

⁴ Sent. 157 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁵ La evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño. Así en la Declaración de Ginebra de 1924 se estableció el imperativo de darle a los niños lo mejor, con frases como “los niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Al analizar el significado y alcance de dicho principio la Corte ha expresado:

“El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

“Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.

“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 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.”⁶

El interés superior del niño constituye entonces un principio garantista, ya que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores. En este sentido resulta claro que el contenido del principio

⁶ Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

son los propios derechos de los niños, y por ello en este caso puede decirse que interés y derecho se identifican.

Antes de adoptarse la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ausencia de un instrumento de esta naturaleza que sistematizara los derechos de los menores incidió notablemente en la vaguedad de la noción de interés superior, de suerte que su aplicación quedaba librada a la discrecionalidad de la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el nivel del control y protección de la infancia.

A partir de la Convención, y del amplio catálogo de derechos que a los niños reconoce la Constitución de 1991 el interés superior del niño deja de ser una noción vaga y un objetivo social deseable, realizado por una autoridad progresista o benevolente, para erigirse en un principio garantista que vincula efectivamente a la autoridad, cualquiera sea su naturaleza, pues en adelante de manera imperativa ésta queda limitada y orientada por los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al niño, considerando igualmente los principios de participación y de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos (arts. 5 y 12 de la Convención).

Además de limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa.

En lo que respecta a las relaciones parentales el interés superior del niño desarrolla un papel de suma trascendencia, puesto que está llamado a orientar los derechos y responsabilidades de los padres en la crianza y educación del hijo y el deber del Estado de garantizarlos y apoyarlos. Los derechos de los padres no son absolutos sino que encuentran un límite en los derechos de los niños, es decir por su interés superior, y por ello las facultades de orientación y dirección de los hijos se limitan por el objetivo de la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos.

En consecuencia, es de vital importancia el interés superior del niño en el plano de las políticas públicas y en la práctica administrativa y judicial, por cuanto se aconseja que siempre se haga una adecuada ponderación de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución

judicial o la decisión administrativa. En estos casos ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos de los niños que sea posible y la menor restricción de los mismos, no sólo considerando el número de derechos afectados sino también su importancia relativa⁷.

4. El derecho fundamental de los niños al cuidado y amor

Dentro del catálogo de garantías y derechos fundamentales de los niños, consagrados en el artículo 44 Superior, y sin desconocer la importancia e incidencia que todos y cada uno de ellos tiene para garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores, merece especial atención el derecho relativo a “*el cuidado y amor*”, por tener una estrecha relación con el asunto que se revisa.

El derecho fundamental de los niños al *cuidado y amor*, consagrado como novedoso en la Constitución de 1991, guarda armonía con distintos textos internacionales, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuyo artículo 25 numeral 2º prescribe que “*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia*

⁷ Así por ejemplo en la Sentencia C-157 de 2002, la Corte declaró exequible el inciso primero del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, que autoriza la dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para permitir la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos de las internas, hasta la edad de tres años, pero bajo dos condicionamientos: (i) que la decisión sobre el ingreso y la permanencia del menor en la cárcel es en principio de los padres. Impedir que éste ingrese a la cárcel o exigir que sea separado de su madre corresponde al Juez de Familia, no a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. En los casos en que exista desacuerdo entre los padres respecto a si el menor debe o no vivir con su madre, la decisión corresponde a dicho funcionario judicial, consultando el interés superior del menor. Y (ii) que el límite temporal de los tres años es el máximo tiempo que puede estar un menor junto a su madre dentro de la cárcel. Cuando las autoridades encargadas de vigilar y cuidar a los menores detecten que, en un caso concreto, lo mejor para el *interés superior* de éste, a pesar de ser menor de tres años, no es estar con su madre, podrán adelantar los procedimientos orientados a su protección. En caso de que la decisión sea separarlos, la medida ha de ser tomada por un juez, no por autoridad administrativa. En relación con lo decidido en esta providencia aclararon su voto los Magistrados Jaime Córdova Triviño, Eduardo Montelegre Lynett y Manuel José Cepeda Espinosa.

Igualmente en Sentencia C-184 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte dio aplicación al principio del interés superior del niño y declaró exequible en forma condicionada los apartes acusados del artículo 1º de la Ley 750 de 2002, que limitaban solamente a la mujer cabeza de familia la prisión domiciliaria “en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el *interés superior del hijo menor o del hijo impedido*”. Para fundamentar su decisión la Corte arguyó que “en virtud de los derechos fundamentales de los niños, que prevalecen sobre los demás (artículo 44, C.P.), el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niños y niñas, dada su estrecha relación con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando éstos se ven expuestos a riesgos y cargas desproporcionadas por la ausencia de la madre - puesto que dependen de ella por ser la cabeza de la familia - y desentenderse completamente de los derechos de los menores cuando dependen del padre. Desde la perspectiva de los menores, la desprotección de sus derechos sería contraria a la Constitución y, por ello, la norma parcialmente acusada será declarada constitucional con el condicionamiento mencionado. Se advierte que el padre cabeza de familia cuyos hijos dependen de él, no para su manutención económica sino para su cuidado y protección real y concreta, podrán acceder al derecho de prisión domiciliaria sólo cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley, y señalados en esta sentencia, para que el juez penal competente decida, en cada caso, si ello es manifiestamente necesario en aras del interés superior del hijo menor o del hijo impedido”.

especiales”; con la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en su preámbulo establece que “*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*”, por lo cual gozará de una “*protección especial y dispondrán de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*”⁸; también dispone dicha Declaración que “*El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole*”⁹; igualmente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, que señala en su artículo 24 que “*todos los niños tienen derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*”.

Particularmente, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 de 1992, considerando igualmente que el niño por su estado de inmadurez física y mental necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento, estableció entre otros, los siguientes compromisos para los Estados Partes:

i) 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 (Art. 3 num. 2).

ii) Pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que

⁸ Principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño

⁹ Principio 6 *Ibíd*em

respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el *interés superior del niño* (Art. 18.1)

iii) Adoptarán todas las medidas administrativas como legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperación internacional (art. 4).

iv) Respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en dicha Convención.

v) Reconocerán que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida y garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. (art. 6 num. 1 y 2)

vi) Se comprometen a que el niño sea inscrito inmediatamente después de su nacimiento y que tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir la nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7 num. 1).

vii) A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la Convención, prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños (art. 18 num. 1 y 2)

En armonía con los anteriores postulados, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia -UNICEF-, en su doctrina ha reivindicado el valor que tiene el cuidado brindado al ser humano en su primera infancia¹⁰, al considerar que en los tres primeros años de vida *“las experiencias e interacciones de los niños con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos científicos recientes confirman que los contactos físicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niños les demuestran apoyo y les transmiten seguridad tienen consecuencias tan importantes como la buena salud (...) La manera en que se desarrolla el cerebro en esta etapa de sus vidas fija las pautas del posterior éxito del*

¹⁰ UNICEF “Estado Mundial de la Infancia. 2001”. www.unicef.org/spanish/sowc01/1-2.htm

niño en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta(...)". Al respecto, especialmente ha señalado que *"Los efectos de lo que ocurre durante el período prenatal y durante los primeros meses y años de la vida del niño pueden durar toda la vida¹. Todos los componentes fundamentales de la inteligencia emocional –confianza, curiosidad, intencionalidad, autocontrol y capacidad para relacionarse, comunicarse y cooperar con los demás– que determinan de qué manera el niño aprende y establece relaciones en la escuela y en la vida en general, dependen del tipo de atención inicial que reciben de padres, madres, maestros preescolares y encargados de cuidarlos"*. Concluyendo que *"al intervenir al principio de la vida se contribuye a reducir las disparidades sociales y económicas y las desigualdades de género que dividen a la sociedad y se contribuye a la inclusión de quienes tradicionalmente quedan excluidos"*.

Así pues, por parte de la comunidad internacional existe un especial interés en el cuidado y amor a que tienen derecho todos los niños del mundo, que para el caso colombiano se traduce, en sentir de la Corte, en *"un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico"*¹¹.

Con igual finalidad, en Colombia, aún desde antes de la Constitución de 1991, se viene configurado un sistema jurídico, para dar protección al menor y garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos, integrado principalmente por la Ley 75 de 1968 que creó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF-, la Ley 27 de 1974 por la cual se crean centros de atención al preescolar, la Ley 7ª de 1979 por la cual se dictan normas sobre protección de la niñez, la Ley 55 de 1985 que señaló los objetivos del ICBF en cuanto a la protección del menor y fortalecimiento de la familia, el Decreto 2737 de 1989 por el cual se expide el Código del Menor, la Ley 12 de 1991 que aprueba la Convención Sobre Derechos del Niño, la Ley 29 de 1992 sobre igualdad sucesoral, la Ley 224 de 1996 sobre violencia intrafamiliar, la Ley 311 de 1996 sobre registro nacional de protección familiar, reformada por la Ley 575 de 2000, y por la Ley 755 de 2002 que crea la licencia de paternidad.

En lo que atañe al derecho fundamental de los niños al *cuidado y amor*, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en su efectividad primeramente está comprometida la familia como célula de la sociedad, pues *"La unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños. La estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y*

¹¹ Sentencia T-556 de 1998.

*seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos. A la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena”.*¹²

En el mismo sentido esta Corte ha expresado que los primeros obligados a dar protección y amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo propiamente la maternidad ni la paternidad. Sobre el particular ha hecho hincapié en que todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres, pues *si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad, así como que, la primera manifestación del derecho al amor de los hijos es la recepción que los padres tienen que brindarles, lo cual implica la acogida y el respeto al niño en su singularidad, tal como es, con sus cualidades y defectos, los cuales, han de ser susceptibles de corrección, de ser ello posible. Igualmente, los padres, una vez recibido el hijo, tienen el deber de cuidarlo y brindarle todo el afecto posible.*¹³

Así entonces, de acuerdo con la Constitución, el derecho fundamental de los niños al *cuidado y amor*, debe ser prodigado por la familia, en primer lugar, y por la sociedad, correspondiéndole también al Estado la tarea de asistirlos y protegerlos así como estimular tales conductas y apoyar su cumplimiento mediante la adopción de mecanismos legales y la ejecución de políticas orientadas hacia su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

5. El nuevo concepto de paternidad y la garantía del derecho fundamental de los niños al cuidado y amor

¹² Sentencia T-278 de 1994

¹³ Sentencia T-339 de 1994

Tanto el ejercicio de la maternidad como el de la paternidad se desenvuelven dentro del contexto cultural y familiar existente. Pero, para los fines del presente pronunciamiento, es necesario establecer cual debe ser el verdadero significado de la paternidad, en cuanto involucra la participación del padre en el cuidado y amor del hijo, y sus implicaciones en el desarrollo del infante.

Los cambios culturales y sociales vividos en los últimos tiempos han generado transformaciones importantes en el papel que le corresponde ejercer al padre en la crianza del hijo. Desde la época colonial hasta fines del siglo XIX el principal rol paterno consistía en otorgar a los hijos una educación cristiana; por lo tanto, la educación cristiana y las buenas costumbres eran entonces su tarea fundamental. A comienzos del siglo XX y por causa de la industrialización, la necesidad imperativa del hombre de pasar la mayor parte de la jornada en las fábricas, produjo un cambio en el papel paterno asumiendo el soporte económico de la familia pero delegando en la madre la crianza y educación de los hijos. A partir de la década del 30 y por efecto de la llamada Gran Depresión, los padres se quedaron sin empleo y por lo tanto el rol de proveedores les era difícil de cumplir; se presentó igualmente la partida de los hombres al ejército durante la Segunda Guerra Mundial, lo que permitió que éstos dejaran puestos de trabajo que comenzaron a ser ocupados por mujeres, y que se presentara la ausencia del padre en el hogar, vivida dramáticamente por los hijos especialmente varones, lo que propició posteriormente la necesidad de tener un fuerte modelo paterno aduciéndose beneficioso para el bienestar psíquico de los niños. Estas circunstancias motivaron el inicio de un cambio en el concepto de paternidad, pero es sobre todo en la década del 70 en la que realmente aparece una nueva imagen paterna, mucho más comprometida con los hijos dada la incorporación de la mujer en el mercado de trabajo. Finalmente a fines del milenio se produce la llamada “*revolución masculina*” que ha influenciado el cambio de actitud del hombre hacia sus hijos, según la cual, una nueva generación de padres ha descubierto que pueden involucrarse en la crianza de sus hijos, de la misma forma en que lo hace la madre y sin afectar su virilidad¹⁴. Es así como además comienzan a cambiar diversas costumbres médicas, por ejemplo, se incluyó al padre en el momento del parto y, en algunas sociedades se instituyó la licencia por paternidad.

Al margen de esta referencia histórica, también se ha dicho que los hombres han atravesado tres modelos antes de llegar al del nuevo milenio: i) en los años 50 surge el “*macho*”, proveedor o padre “*nutricio*” con sus hijos, pero manteniéndose alejado de ellos; ii) en los años 60 aparece un “*hombre cuestionador*” y se introducen nociones más flexibles y reflexivas sobre la paternidad; y, iii) en los 70 hizo su aparición el

¹⁴ Oiberman Alicia. “La relación padre-bebé. Una revisión bibliográfica”. Revista del Hospital Materno Infantil “Ramón Sardá” Chile. 1994

“*hombre sensitivo*” que comenzaba a tomar conciencia de su responsabilidad con la naturaleza y con los hijos.¹⁵

En cuanto a las investigaciones, éstas se refieren a la capacidad del padre de estar junto con sus hijos, equiparando e igualando sus funciones a las de la madre, pero sin llegar a captar específicamente las funciones paternas que colaboran con el desarrollo del hijo. En los últimos 30 años, han surgido diversos conceptos fortaleciendo la idea de un “*nuevo padre*”, aquel que se compromete con los cuidados y la crianza de sus hijos biológicos, y para los entendidos comprende distintos elementos como son: la interacción, la accesibilidad y la responsabilidad. Además se ha demostrado, que el esposo actúa como soporte emocional de la madre en el período posterior al nacimiento y por lo tanto, para el buen desarrollo del hijo, se concluye que la madre necesita estar adecuadamente sostenida por su pareja para que así transmita bienestar a su hijo; por ello se han modificado algunas prácticas médicas permitiendo el ingreso de los padres a las salas de cuidados intensivos en los casos de niños prematuros. Otra corriente, la de la concepción psicoanalítica de la paternidad, señala que el padre representa el mundo exterior, la autoridad y la ley y su relación con sus hijos está intermediada por la madre quien es la figura esencial en las primeras etapas de su vida; esta visión ha sido cuestionada por otros estudios más concretos acerca de la interacción padre-hijo, según los cuales es más razonable concebir el desarrollo de la personalidad del niño en el contexto del sistema familiar en el cual actúan sus integrantes.¹⁶

Otros estudios¹⁷ hacen hincapié en la llamada “*paternidad comprometida*”, caracterizada por la existencia de sentimientos y conductas responsables respecto del hijo, compromiso emocional, accesibilidad física, apoyo material a las necesidades del niño e influencia en las decisiones relativas a su crianza. Muchos investigadores que han estudiado los efectos de este modelo de paternidad han coincidido en que los niños con padres altamente comprometidos se distinguen por mayor capacidad cognitiva, empatía, creencias sexuales menos estereotipadas y mejor capacidad de autocontrol. Señalan especialmente, que un factor fundamental para explicar esas diferencias es el contexto familiar en que esos niños son criados, pues se ha demostrado que un alto grado de compromiso paterno hace posible que tanto la madre como el padre acuerden y realicen lo que les parece más satisfactorio para el hijo, lo que les permite tener más cercanía con el hijo y por ende relaciones maritales más satisfactorias.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Op. Cit.*

¹⁷ “El rol del padre y su influencia en los hijos”. En *Corriente de Opinión*, publicación de la Fundación Chile Unido. Página web www.chileunido.cl

En lo que concierne a la incidencia del cuidado paterno en el desarrollo infantil, tales estudios ponen de presente que si los niños desde que nacen pueden descubrir al padre y diferenciarlo de la madre, esta conexión con aquél es importante para su desarrollo. Es así como consideran que los niños que han tenido un padre que les brinda cuidado y amor durante los primeros dieciocho a veinticuatro meses de vida son más seguros en la exploración del mundo que les rodea, y son más curiosos y menos dubitativos frente a los nuevos estímulos. También han demostrado que el alto coeficiente intelectual de los hijos está asociado al cuidado paterno permanente, así como también lo están el autocontrol, la sensibilidad moral y el desarrollo físico.¹⁸

Además, según esos estudios la influencia paterna positiva es más probable que ocurra no sólo cuando hay una relación padre-hijo, sino primordialmente cuando existe una relación afectiva del padre con la madre, y probablemente con otros hijos, generando un contexto familiar propicio.

Especialmente los estudios de psicología¹⁹ han puesto énfasis en el valor e importancia del afecto del padre implicado en una relación con su hijo desde el momento mismo de la gestación, compartiendo con su pareja la experiencia de la paternidad. El niño percibe al padre intrauterinamente; las madres perciben y encuentran las diferencias de los movimientos fetales cuando el padre llega, se acerca o le habla, y en el parto el recién nacido se consuela cuando el padre lo toma en brazos. Así pues, el hombre inicia su paternidad desde el momento en que resuelve y ejerce su derecho de acompañar en el embarazo a su pareja.

Los anteriores estudios concluyen que los padres juegan, evidentemente, roles diferentes de las madres en el desarrollo de la personalidad de los

¹⁸ Sobre el actual rol del padre en el cuidado de los hijos la UNICEF en el documento “Iniciativa Papá: Mejorar la vida del niño, padre a padre” ha puntualizado:

“Los estudios sobre las funciones del padre en la crianza del niño ponen de relieve algo que ya saben de manera intuitiva los hombres que toman parte activa en la vida de sus hijos: cuando el hombre no se limita a sustentar materialmente a la familia o a imponer disciplina, todos salen ganando. Siempre se ha considerado al padre como el que maneja los hilos, pero tan importante como su contribución económica y la autoridad que detenta es la decisiva influencia que ejerce en la crianza y el cuidado del niño.

“Cuando el padre cuida a sus hijos no sólo aumenta la salud física de éstos, sino que ganan en agudeza mental y equilibrio afectivo. Un estudio llevado a cabo en Barbados con niños de ocho años demostró que los niños rendían mejor en la clase cuando los padres tomaban parte activa en su vida, vivieran o no vivieran con ellos. Varios estudios realizados en los Estados Unidos han demostrado que los niños pequeños de cuyo cuidado se ocupa plenamente su padre obtienen mejores resultados en las pruebas de inteligencia de grado preescolar que los niños en cuyo cuidado el padre participa en menor medida. La mejora de los resultados académicos no es el único beneficio que reporta un padre devoto. Cuando el padre y los hijos juegan, cantan y se ríen juntos aumentan las posibilidades de que la familia sea feliz y equilibrada”. Estado Mundial de la Infancia 2001. www.unicef.org/spanish/sowc01/early_childhood.htm

¹⁹ Gómez Polo Amanda. “Fortalecimiento del vínculo afectivo padre-hijo-hija”. Editorial y Fundación S-XXI. Año 2002.

hijos. Los padres no pueden ser considerados ocasionales sustitutos maternos. Ellos interactúan con sus hijos en un camino único e indiferenciable. Y las interacciones maternas y paternas, tienen implicaciones diferentes en la vida psíquica de los niños.

Estudios realizados en Colombia sobre la paternidad y la influencia del padre en la formación de los hijos muestran como la forma de “*paternar*”²⁰ del padre influye de manera notable en la evolución psicológica, física, sexual, moral, cognoscitiva y en el ser social de los hijos desde la gestación. Al respecto, en un trabajo titulado “*presencia y pertenencia paterna*” realizado dentro del marco del movimiento Paternar: Mejor Padre Mejor País, auspiciado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF-, sobre el particular se ha expresado lo siguiente:

“Es posible la paternidad cuando el padre como tal se siente absolutamente humano y sensible para sumirse gestador capaz de trascender en un hijo. Un hombre quien se compromete con su sexualidad pro creativa y defiende su derecho a vivir la gestación de su compañera y averigua hasta que conoce el estado evolutivo de su hijo sea fecundación, embrión, feto o el momento especial de separación de la madre al nacer. Un hombre quien se fija en cada cambio corporal de su compañera se da el derecho de asumir que gracias a su capacidad gestadora se produce el desarrollo uterino en ella quien a su vez cambia corporal, emocional y también en la forma interaccional. También puede observar en sí mismo la resonancia que ese útero produce en él, su cuerpo, su interacción y su forma de percibir el mundo. Observa la presencia de su hijo y se da el derecho de tocar el vientre, hablar con su hijo porque sabe que ese hijo es atento al encuentro, a la acogida y le responde con movimiento porque él o ella disfruta la voz grave que le ofrece el padre al vientre materno. La paternidad despierta en la pareja una atención especial a la interacción pues ahora es distinta. Sabe que la mujer está centrada en una situación compleja de ambivalencia, ansiedad, temor, orgullo somnolencia, alerta a las expresiones y movimientos y además especialmente sensible al comportamiento del futuro hombre. (...) El hombre que asume vínculo afectivo con su pareja, se permite SINCRONIA con la experiencia de gestación, parto, nacimiento y crianza, reunión de tres en la vivencia que sólo es posible para los tres Padre-

²⁰ “*Paternar consiste en ser la guía tutelar masculina de crianza, ofrecerse para ser una imagen con la cual puedan los hijos identificarse, estar presente, dar ejemplo, amar, ser amado. Este hecho ocurre en los primeros años de vida del niño. Haber recibido amor tempranamente deja un sello para toda la vida, es un elemento muy positivo para los años venideros. El haber sido amado de manera no ambivalente por el padre significa que éste fue atento, que se interesó verdaderamente en nuestros proyectos, preocupándose por poner ciertos límites y creando, así, el cuadro de seguridad indispensable para nuestro desarrollo armonioso.*” Francisco Leal Q. “La paternidad hoy”. Publicación de la Sociedad Colombiana de Pediatría. Bogotá. 2001. Pág.92

Hijo.Madre. (...) Todos los hombres en mayor o menor grado, al saberse gestores de vida viven diversos cambios que, reconocidos o no, son formas naturales de sensibilización que preparan la vinculación y el apego, la inquietud, la responsabilidad y el deseo de proteger al hijo y a su pareja en su propio espacio. (...) PATERNAR es más que simple responsabilidad; es trascendencia masculina. Dice Arnoldo Roskovski “La crianza de los hijos confronta al progenitor en todas sus aspiraciones para el futuro y llama a todas las emociones de su pasado. (...) La preocupación, alegría, optimismo e inspiración de mayor ternura son sentimientos de disponibilidad paterna que le permiten al hombre apropiarse de su existencia y desarrollar sentimientos paternales vinculados con su pareja para el encuentro permanente con el hijo. Estos elementos valiosos los percibe el hijo o hija y pasarán a ser la base de su prehistoria personal y relacional, según el pequeño o pequeña perciba al padre en relación consigo mismo y con la madre”.²¹

En conclusión, si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar -pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente dependiendo de los valores individuales y culturales-, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral.

6. La licencia de paternidad

La idea de que el padre debe involucrarse activamente en la crianza de los hijos, brindándoles protección, cuidado y amor, especialmente en los primeros momentos de vida, llevó a la Organización Internacional del Trabajo -OIT- a adoptar en el año de 1981 la Recomendación sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, cuyo numeral 22 sugirió a los países miembros la consagración de una licencia parental o de paternidad para que los padres trabajadores contribuyeran al cuidado del hijo recién nacido, y de esta forma pudieran conciliar su vida profesional con la familiar.

Siguiendo esta tendencia, el artículo 34 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, autorizó a la trabajadora que hiciera uso del descanso remunerado en la época del parto para reducir a once semanas su licencia de maternidad, cediendo la semana restante a su

²¹ Villarraga Liliana. “Presencia y pertenencia paterna”. Editorial y Fundación S-XXI. Año 2002.

esposo o compañero permanente *“para obtener de este la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio”*.

Lamentablemente tal determinación no fue acertada, puesto que en la práctica significó un verdadero retroceso en lo concerniente a la protección de los derechos de la mujer y del niño así como en materia de fortalecimiento de la familia y la paternidad responsable.

Así se dejó expuesto por el legislador al motivar el proyecto que hoy en día es la Ley 755 de 2002:

“Advertida así la necesidad de compartir entre padre y madre el cuidado y el amor de los niños recién nacidos, el legislador colombiano, con buena voluntad pero con deficiente cálculo, tratando de enmendar la omisión en materia de licencia de paternidad introdujo una enmienda que complicó aun más la situación. En efecto, autorizó a las madres a ceder una semana de su licencia a los padres, sin mayores condiciones, ni controles. El error es grave. Por una parte, la madre que decida ceder una semana de su licencia al padre, en las actuales condiciones, quedaría por debajo de las doce semanas de licencia de maternidad. Las recomendaciones internacionales de la OIT apuntan, hoy por hoy, a 18 semanas. En el cuestionado grupo de países que hoy conceden menos de doce semanas de licencia de maternidad se encuentran -vaya lista- Túnez, Líbano, Katar, Papua Nueva Guinea, Bahrein, Emiratos Arabes Unidos, Jamahiriya, Nepal, Sudan, Guinea, Kenya, Yemán, Arabia Saudita, Kuwait o Santo Tome, entre otros.

“Resulta obvio, entonces, que resultó peor la solución que el mal. Condenar a las mujeres a tener una licencia de maternidad de menos de doce semanas es un gravísimo retroceso en materia de protección de sus derechos, en materia de reconocimiento de los derechos del niño y en materia de fortalecimiento de la familia y la paternidad responsable.

“Es por eso que este proyecto resulta crucial para la sociedad colombiana.

“Advertidos de las dificultades por las cuales atraviesa el mercado laboral colombiano, resulta razonable mantener en un mínimo de doce semanas la licencia de maternidad pero adicionarla con la licencia de paternidad en aras de la protección del supremo interés del niño, esta licencia de una semana remunerada y una sin remuneración no resulta gravosa ni onerosa para el mercado laboral. Por el contrario genera mayores

estímulos de satisfacción y buen desempeño de padres y madres, exigencia de la solicitud conjunta de la licencia busca reforzar la unidad familiar, la equidad de género, la confianza en la pareja y, también, busca evitar que una licencia se convierta en un pretexto para cumplir actividades distintas a las asociadas con la paternidad.

“Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia”.²²

Además consideró el legislador como motivo para crear la licencia remunerada de paternidad que:

“Es abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico en tratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el pos-parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé.

“Negar este derecho equivaldría a condenar a los niños colombianos -a seguirlos condenando- a que solamente reciban la mitad del afecto, la mitad del amor, la mitad del cuidado, la mitad de la ternura que se les podría prodigar. Equivaldría, en los primeros días de su existencia a cumplir a medias con la voluntad constituyente.

²² Exposición de motivos al proyecto de ley 65 de 2001 Cámara, 217 de 2002 Senado. Gaceta del Congreso No. 408 de 2001.

“Desde una dimensión sociológica, no resulta difícil advertir que en Colombia ha existido un severo problema de paternidad responsable. En Colombia han hecho falta muchos padres y ello ha tenido un efecto muy nocivo en los procesos de socialización en nuestro país. Raíces de nuestra violencia podrían ubicarse en el tenue rol que la paternidad ha cumplido en muchos ciclos familiares”.

Según dichos antecedentes legislativos, el establecimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad obedeció entonces a la necesidad de hacer prevalecer el *interés superior del niño* dotándolo de un mecanismo legal orientado a hacer realidad el mandato del artículo 44 Superior en cuanto pretende garantizarle su derecho fundamental al cuidado y amor especialmente en los primeros días de su existencia, permitiéndole en esos días, no solo la compañía permanente de la madre sino también la del padre, para su desarrollo armónico e integral.

La Ley 755 de 2002 “*Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo*”, otorga al esposo o compañero permanente -con independencia de la licencia de maternidad- el derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso de que solo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud o de ocho (8) días hábiles en el evento en que ambos padres estén cotizando.

Dicha licencia es incompatible con la licencia de calamidad doméstica; sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente con quien se tengan dos años de convivencia; estará a cargo de la EPS²³ para lo cual se requiere que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien semanas previas a su reconocimiento, y para su otorgamiento requiere de la presentación del registro civil de nacimiento dentro de los 30 días siguientes al nacimiento del menor. Además puede ser ampliada por el Gobierno para los casos de los niños prematuros y adoptivos.

Como puede advertirse, fue la intención del legislador al crear la licencia remunerada de paternidad permitir al recién nacido el ejercicio de sus derechos fundamentales y especialmente el de recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.

²³ En la Sentencia C- de 2003 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión “*La licencia remunerada de paternidad será de cargo de la EPS*” del inciso 5° del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, al considerar que el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad para señalar cuales son las entidades encargadas del cubrimiento de una determinada prestación.

De ahí que la orientación dispuesta en la Ley 755 de 2002, no es otra que el derecho a la licencia remunerada de paternidad opera en favor del padre que ha decidido responsablemente acompañar a su hijo en los primeros momentos de vida, pues si lo que se busca es proteger el interés superior del niño, la licencia conlleva una responsabilidad para el padre de acompañar y cuidar al hijo, brindándole la ayuda y el apoyo necesarios en los días posteriores a su nacimiento.

Entonces es claro que la licencia de paternidad no fue concebida como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide al hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor.

Así pues, para el legislador el objetivo de este derecho consiste en que, compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tanpreciado, se atienda su interés superior, permitiéndole iniciar su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno-filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad.

7. El caso concreto

El artículo 1° de la Ley 755 de 2002 en lo impugnado establece que *“la licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos años de convivencia”*. Según el actor la inconstitucionalidad de este segmento normativo radica en que viola el principio de igualdad y el derecho fundamental de los niños al cuidado y afecto de sus padres, por cuanto en su sentir *“discrimina a los niños recién nacidos que están por fuera de las condiciones previstas en la ley ya que éstos al igual que los otros merecen gozar de la atención y el cuidado de sus padres durante los primeros días de existencia”*.

Siguiendo el texto del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 se observa que, en la época del parto, el *esposo o compañero permanente* tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso de que solo el padre esté cotizando al Sistema de Seguridad Social en Salud, o de ocho (8) días hábiles, en el evento en que ambos padres estén cotizando.

El inciso acusado recalca, que *la licencia remunerada de paternidad solo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos años de convivencia.*

Al disponer que el derecho de licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la *esposa o compañera*, la disposición que se examina puede enmarcarse en el contexto del artículo 42 de la Constitución, según el cual, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, pues según se advirtió anteriormente, si fue la voluntad del legislador al crear la licencia remunerada de paternidad otorgar este derecho para los padres que han decidido voluntariamente garantizar los derechos del hijo otorgándole dedicación, atención y cuidado de manera permanente y estable, nada se opone a que esta situación se presente dentro del entorno familiar que brinda el matrimonio o la unión marital de hecho.

Al respecto cabe recordar que la familia está llamada en primer término a prodigarle cuidado y amor al hijo, a fin de garantizarle su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, entendida ésta²⁴, y de manera particular para los efectos de la licencia remunerada de paternidad, la referida a la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Además, no escapa a la Corte que la familia, núcleo fundamental de la sociedad, ejerce un papel fundamental en el desarrollo de la persona humana pues cumple una función psicológica y existencial que se agrega a las otras funciones de reproducción biológica, ayuda mutua y sustento material. En efecto, la familia constituye el espacio de socialización más importante para cualquier individuo, sobre todo para el niño en sus primeras etapas de desarrollo²⁵. Es el lugar donde se dan los primeros aprendizajes culturales y donde los padres o sustitutos se convierten en los primeros orientadores del desarrollo del niño. Claro está que la familia se estructura y adquiere su dinámica de acuerdo a las características propias del contexto socio-cultural. Pero en todo caso, es la primera escuela de convivencia pues a través de ella el individuo aprehende los valores, costumbres y creencias. También es allí donde las relaciones intrafamiliares prodigan a cada uno de sus miembros un sentimiento de pertenencia que se fundamenta esencialmente en la afectividad, la cual crea en el individuo las bases seguras de su personalidad futura y el adecuado desempeño personal en los ámbitos personal y familiar. Por consiguiente, el ambiente familiar debe ser propicio para que se dé un normal desarrollo de los hijos.

²⁴ Para la Corte Constitucional la familia que es objeto de protección social y Estatal es la conformada por una pareja heterosexual y monogámica. Sent. C-814 de 2001

²⁵ Bueno Henao Jaime. "El papel de hombre padre en la construcción de procesos afectivos". En Editorial y Fundación S-XXI. Año 2002.

Y si bien lo anterior es cierto, no lo es menos que como ya se dijo en un acápite anterior, el interés superior del niño está formulado en el artículo 44 de la Constitución como una garantía de la vigencia de los demás derechos que le corresponden, a tal punto que llega a identificarse con ellos limitando y orientado al mismo tiempo la acción de las autoridades públicas, y que así mismo, especialmente en sede judicial, la aplicación de dicho principio aconseja adoptar las determinaciones que procuren la máxima satisfacción de los derechos de los menores.

En el caso bajo análisis, se ha establecido que la licencia de paternidad regulada en el artículo 1° de la Ley 755 de 2001 fue instituida por el legislador con el propósito fundamental de satisfacer el interés superior del niño a recibir el cuidado y amor del padre en los primeros momentos de vida (art. 44 de la CP) y no como reconocimiento al papel que en la actualidad les corresponde asumir a los hombres enfrentados a la experiencia de la paternidad, sino fundamentalmente como un factor que se considera necesario y determinante en el desarrollo armónico e integral del menor.

Siendo este el objetivo esencial de la licencia de paternidad, procede entonces definir si la determinación consignada en el inciso tercero bajo análisis, consistente en exigir la convivencia de los progenitores del menor y además, por un tiempo superior a los dos años, resulta razonable a la luz del mismo, para lo cual debe tenerse en cuenta que la efectividad del derecho del recién nacido al cuidado y amor del padre se debe llevar a cabo haciendo prevalecer el interés superior del niño, aún por encima de circunstancias materiales como la exigencia de una convivencia efectiva entre los padres del menor, y más aún, por un tiempo superior a los dos años, que pueden interferir en el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En este sentido ha de considerarse, que si la teleología de la licencia de paternidad es la de hacer efectivo el interés superior del niño a recibir el cuidado y al amor de manera plena por parte de su padre, propiciando de esta forma un ambiente benéfico para el desarrollo integral del mismo, el requisito de la convivencia, y más aún, por dos años, que exige el inciso impugnado no resulta razonable, como quiera que, independientemente que se den o no estas circunstancias, al recién nacido no se le puede privar del derecho fundamental al amor y cuidado de su padre.

Entonces, no tiene justificación razonable el no incluir como beneficiario de dicha licencia al padre que no conviva al momento del nacimiento de su hijo con la cónyuge o compañera o que haciéndolo no lleva el mínimo de dos años que exige la norma, pues es incuestionable que no mediando estos eventos el niño también tiene derecho a la cercanía y cuidados de su

progenitor, pues el hecho de la convivencia entre los padres no puede ser oponible al interés superior del recién nacido a recibir el cuidado y amor por parte de su padre.

En suma, para la Corte es claro que la convivencia entre la pareja de esposos o compañeros permanentes como requisito que consagra la norma que se revisa para configurar el derecho a la licencia de paternidad constituye una medida irrazonable, porque lejos de hacer efectivo el interés superior del niño, cuya plena efectividad se pretende garantizar con la licencia de paternidad, se opone al goce del derecho fundamental que tienen los menores a recibir el cuidado y amor de sus padres, pues aquellos niños cuyos progenitores por alguna circunstancia no conviven para la época del nacimiento quedarían privados injustificadamente de la compañía, el amor y el cuidado de sus padres en los primeros momentos de vida.

En este orden de ideas, ha de concluirse que las expresiones “*solo*”, “*permanente*” y “*En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia*”, del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, son contrarias al Estatuto Superior, especialmente al artículo 44 de la Carta que consagra los derechos fundamentales de los niños al cuidado y amor y por tal motivo serán retiradas del ordenamiento jurídico. El resto del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002 que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera, será declarado exequible.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Declarar **INEXEQUIBLES** las expresiones “*solo*”, “*permanente*” y “*En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia*”, del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002.

Segundo. Declarar **EXEQUIBLE** el segmento normativo del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA
Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, no firma la presente sentencia por encontrarse en comisión debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ
Secretaria General

