Función Pública

Sentencia 273 de 2003 Corte Constitucional

SENTENCIA C-273/03

DERECHOS DEL NIÃ□O-ProtecciÃ³n integral

DERECHOS DEL NIÃ□O-AplicaciÃ³n

Los derechos de los niÃ±os no dependen de ninguna condiciÃ³n especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantÃa frente a la acciÃ³n del Estado y representan un deber de los poderes pÃºblicos de concurrir a la satisfacciÃ³n de los derechos –prestaciÃ³n que contemplan.

DERECHOS DEL NIÃ□O-CarÃ¡cter fundamental

DERECHOS DEL NIÃ□O-Mecanismos de protecciÃ³n

DERECHOS DEL NIÃ□O-Efectividad de la protecciÃ³n integral

La protecciÃ³n integral de los derechos del niÃ±o se hace efectiva a travÃ©s del principio del interÃ©s superior del niÃ±o, consagrado en el mismo artÃculo 44 Superior al disponer que "los derechos de los niÃ±os prevalecen sobre los derechos de los demÃ¡s", y en el numeral 1Â° del artÃculo tercero de la ConvenciÃ³n de los Derechos del NiÃ±o, en virtud del cual "En todas las medidas concernientes a los niÃ±os que tomen las instituciones pÃºblicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los Ã³rganos legislativos, una consideraciÃ³n primordial a que se atenderÃ¡ serÃ¡ el interÃ©s superior del niÃ±o".

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Significado y alcance

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Contenido

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-FunciÃ³n hermenÃ©utica

AdemÃ¡s de limitar y orientar todas las decisiones segÃºn los derechos de los niÃ±os, el principio del interÃ©s superior cumple tambiÃ©n una importante funciÃ³n hermenÃ©utica en la medida en que permite interpretar sistemÃ¡ticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carÃ¡cter integral de los derechos del niÃ±o facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o mÃ¡s derechos respecto de un mismo infante, asÃ como llenar vacÃos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa.

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-OrientaciÃ³n

CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÃ□O-Compromisos para los Estados partes

1) Se comprometen a asegurar al niÃ±o la protecciÃ³n 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 niÃ±o. 3) Adoptar todas las medidas administrativas como legislativas y de otra Ãndole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la ConvenciÃ³n. 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 niÃ±o tiene el derecho intrÃnseco a la vida y garantizarÃ¡n en la mÃ¡xima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niÃ±o. 6) Inscribir al niÃ±o inmediatamente despuÃ©s de su nacimiento y que tendrÃ¡ 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 desempeÃ±o de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niÃ±o

FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA-ReivindicaciÃ³n de doctrina acerca del cuidado del niÃ±o en su primera infancia

DERECHOS DEL NIÃ□O-InterÃ©s en el cuidado y amor para el caso colombiano

DERECHOS DEL NIÃ□O-Sistema jurÃdico para dar protecciÃ³n al menor

DERECHOS DEL NIÃ□O-Los primeros obligados a dar protecciÃ³n y amor son sus padres

PATERNIDAD-Significado en cuanto involucra la participaciÃ³n del padre en el cuidado y amor del hijo

PATERNIDAD-Implicaciones en el desarrollo del infante

PATERNIDAD-Elementos que comprende

PATERNIDAD COMPROMETIDA-CaracterÃsticas

PATERNIDAD-Incidencia del cuidado en el desarrollo infantil

PATERNIDAD-Importancia en el desarrollo del niÃ±o

LICENCIA DE PATERNIDAD-Origen y justificaciÃ³n

La idea de que el padre debe involucrarse activamente en la crianza de los hijos, brindÃ¡ndoles proteccciÃ³n, cuidado y amor, especialmente en los primeros momentos de vida, llevÃ³ a la OrganizaciÃ³n Internacional del Trabajo -OIT- a adoptar en el aÃ±o de 1981 la RecomendaciÃ³n sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, cuyo numeral 22 sugiriÃ³ a los paÃses miembros la consagraciÃ³n de una licencia parental o de paternidad para que los padres trabajadores contribuyeran al cuidado del hijo reciÃ©n nacido, y de esta forma pudieran conciliar su vida profesional con la familiar.

LICENCIA DE PARTENIDAD REMUNERADA-Antecedentes legislativos

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-ConsagraciÃ³n

Otorga al esposo o compaÃ±ero permanente -con independencia de la licencia de maternidad- el derecho a cuatro (4) dÃas de licencia remunerada de paternidad, en el caso de que solo el padre estÃ© cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud o de ocho (8) dÃas hÃ¡biles en el evento en que ambos padres estÃ©n cotizando. Dicha licencia es incompatible con la licencia de calamidad domÃ©stica;

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-Finalidad

LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-DefiniciÃ³n

La licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompaÃ±e y cuide al hijo, garantizÃ¡ndole 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 vÃnculos naturales o jurÃdicos, por la decisiÃ³n libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, pues segÃºn se advirtiÃ³ 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 otorgÃ¡ndole dedicaciÃ³n, atenciÃ³n y cuidado de manera permanente y estable, nada se opone a que esta situaciÃ³n se presente dentro del entorno familiar que brinda el matrimonio o la uniÃ³n marital de hecho.

FAMILIA-NÃºcleo esencial de la sociedad

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Formulado como garantÃa de la vigencia de los demÃ¡s 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 artÃculo 1Â º de la Ley 755 de 2002, "*Por la cual se modifica el parÃ¡grafo del artÃculo 236 del CÃ³digo Sustantivo del Trabajo*".

Actor: Juan Carlos Tristancho Villalba

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÃS VARGAS HERNÃNDEZ

BogotÃ¡ 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 artÃculo 241-4 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, y cumplidos los trÃ¡mites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, dicta la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acciÃ³n pÃºblica de inconstitucionalidad consagrada en los artÃculos 40-6, 241-4 y 242 el ciudadano Juan Carlos Tristancho

Villalba solicita a la Corte declarar inexequible el inciso 3 del artÃculo 1Âº de la Ley 755 de 2002, "*por la cual se modifica el parÃ¡grafo del artÃculo 236 del CÃ³digo Sustantivo del Trabajo*".

La Magistrada Sustanciadora, mediante auto del 26 de septiembre de 2002 admitiÃ³ la presente demanda por cumplir los requisitos de ley y en consecuencia ordenÃ³ su fijaciÃ³n en lista, el traslado al seÃ±or Procurador General de la NaciÃ³n, para efectos de obtener el concepto de su competencia, al tiempo que dispuso la comunicaciÃ³n del presente proceso al SeÃ±or Presidente de la RepÃºblica, al Presidente del Congreso, al Ministro de Salud, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, asÃ como al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Academia Nacional de Jurisprudencia y a los Departamentos de Derecho PÃºblico de las Universidades Nacional, Externado, Rosario y Javeriana con el fin de que emitieran su concepto en relaciÃ³n con la presente demanda.

Cumplidos los trÃ¡mites constitucionales y legales propios de esta clase de juicios y previo el concepto del Procurador General de la NaciÃ³n, procede la Corte a decidir de fondo la demanda de la referencia.

II. NORMA ACUSADA

A continuaciÃ³n se transcribe el texto de la Ley 755 de 2002, resaltando el inciso demandado, conforme a su publicaciÃ³n 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 parÃ¡grafo del artÃculo 236 del CÃ³digo Sustantivo del Trabajo - Ley MarÃa.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

ArtÃculo 1Â°. ModifÃcase el parÃ¡grafo del artÃculo 236 del CÃ³digo Sustantivo del Trabajo, el cual quedarÃ¡ asÃ:

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la Ã©poca del parto tomarÃ¡ las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compaÃ±ero permanente tendrÃ¡ derecho a cuatro (4) dÃas de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sÃ³lo el padre estÃ© cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estÃ©n cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederÃ¡n al padre ocho (8) dÃas hÃ¡biles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad domÃ©stica y en caso de haberse solicitado esta Ãºltima por el nacimiento del hijo, estos dÃas serÃ¡n descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad sÃ³lo opera para los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente. En este Ãºltimo caso se requerirÃ¡n dos (2) aÃ±os de convivencia.

El Ãºnico soporte vÃ¡lido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberÃ¡ presentarse a la EPS a mÃ¡s tardar dentro de los 30 dÃas siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

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

Se autorizarÃ¡ al Gobierno Nacional para que en el caso de los niÃ±os prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parÃ¡grafo.

ArtÃculo 2Â°. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgaciÃ³n.

(Se subraya lo demandado).

III. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante considera que el segmento normativo impugnado del artÃculo primero de la Ley 755 de 2002 desconoce el principio de igualdad consagrado en el artÃculo 13 de la Carta PolÃtica, porque restringe la aplicaciÃ³n de la licencia remunerada de paternidad respecto de hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente, discriminando a los niÃ±os reciÃ©n nacidos que estÃ¡n por fuera de las condiciones previstas en la Ley que al igual que los otros merecen gozar de la atenciÃ³n y cuidado de sus padres durante sus primeros dÃas 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 atenciÃ³n de sus progenitores, sin importar que sus padres no estÃ©n casados o no convivan en una uniÃ³n marital de hecho.

SegÃºn el actor lo acusado tambiÃ©n viola el artÃculo 44 Constitucional que consagra la prevalencia de los derechos de los niÃ±os, toda vez que al disponer que la licencia remunerada de paternidad solo se otorga a favor de los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente, se vulneran los derechos al cuidado y al amor de sus padres de los niÃ±os nacidos por fuera de las condiciones establecidas en la

disposiciÃ³n demandada y se desconoce igualmente la obligaciÃ³n 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 armÃ³nico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por los motivos seÃ±alados el demandante solicita se declare la inexequibilidad del precepto acusado.

IV. INTERVENCIONES

1. Universidad Nacional de Colombia

El profesor LuÃs Eduardo Montoya Medina, en nombre de la Facultad de Derecho, Ciencias PolÃticas y Sociales, interviene en el presente proceso para solicitar la inexequibilidad de la expresiÃ³n "*En este Ãºltimo caso se requerirÃ¡n dos aÃ±os de convivencia*" del artÃculo 1Â° 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 mÃnima de 2 aÃ±os, aÃºn cuando resultan muchas otras hipÃ³tesis, obviamente excluidas si la norma se interpreta taxativa y rigurosamente.

En relaciÃ³n con la supuesta infracciÃ³n al principio de igualdad, considera que el cargo estÃ¡ llamado a prosperar modulativamente pues se discrimina a los hijos de quienes no demuestren estar casados o no sean compaÃ±eros permanentes por un mÃnimo de dos aÃ±os de convivencia, olvidando que en la ConstituciÃ³n de 1991 "*la progenitura no puede tener distinciones, ya que es igualitaria y responsable, y no depende de la naturaleza del vÃnculo; tampoco es solo biolÃ³gica, sino que tambiÃ©n la hay de naturaleza legal, como en la adopciÃ³n o en la progenitura asistida cientÃficamente*".

En su opiniÃ³n, no podrÃa decirse que dicha prestaciÃ³n es inexequible porque se haya concedido a los casados. Tampoco resulta contrario a la ConstituciÃ³n que se otorgue licencia a los padres extramatrimoniales si la misma se consagra por el hecho de la paternidad, pero en tal caso resulta inexequible que se exija el requisito temporal de los dos aÃ±os pues se excluye de la prestaciÃ³n a quienes son padres pero no pueden acreditar una convivencia mÃnima de dos aÃ±os.

Sostiene el interviniente, que "*el escenario constituido Ãºnicamente por hijos matrimoniales y extramatrimoniales de parejas de mÃnimo de dos aÃ±os de convivencia como condiciÃ³n para que sus progenitores disfruten de la licencia, excluye o discrimina desconociendo la protecciÃ³n constitucional de tratamiento igualitario, porque la prestaciÃ³n se refiere a la progenitura y no a su realizaciÃ³n dentro del matrimonio o con ocasiÃ³n de la convivencia marital mÃnimo por dos aÃ±os*"

Frente a la supuesta violaciÃ³n al artÃculo 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 condiciÃ³n social de los padres, por lo que se evidencia que los que no estÃ©n en las situaciones contempladas en la ley demandada, quedan privados de brindÃ¡rselo a sus hijos reciÃ©n nacidos.

En conclusiÃ³n, considera que el inciso tercero demandado regula una de las mÃºltiples hipÃ³tesis que pueden darse, pues existen otras como por ejemplo el caso de los niÃ±os frutos de relaciones sexuales esporÃ¡dicas o cientÃficamente 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 inexequible la exigencia legal contenida en la expresiÃ³n "*En este Ãºltimo caso se requerirÃ¡n 2 aÃ±os de convivencia*", y modular la sentencia de exequibilidad de la parte restante del inciso, para que el derecho al disfrute de la licencia no se lÃmite con ocasiÃ³n 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 disposiciÃ³n demandada.

SeÃ±ala que en materia de seguridad social los beneficios reconocidos a los cÃ³nyuges de los asegurados deben cobijar sin ninguna restricciÃ³n o diferencia a los compaÃ±eros permanentes, tal como lo establece la ConstituciÃ³n PolÃtica.

Sostiene que la protecciÃ³n 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, razÃ³n por la cual la norma acusada no vulnera el derecho a la igualdad.

En relaciÃ³n con la supuesta infracciÃ³n del artÃculo 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 niÃ±os de gozar del amor y cuidado de sus padres pues estos deben proporcionarle afecto sus hijos desde el momento de la gestaciÃ³n y no esperar al hecho del nacimiento para beneficiarse de una licencia remunerada, pues tal cariÃ±o 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 estableciÃ³ la licencia remunerada de paternidad lo que se buscaba era que el padre colaborara con el cuidado y atenciÃ³n del menor y de la madre mientras ella se recuperaba del parto, circunstancia que sugiere que la compaÃ±Ãa del padre durante la primera semana de edad facilita la recuperaciÃ³n de la madre, de lo contrario dicha prestaciÃ³n se convertirÃa en una especie de descanso remunerado para el padre que no convive con su cÃ³nyuge o compaÃ±era permanente.

Afirma que la exigencia de una prueba de la convivencia efectiva en el caso de la compaÃ±era 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 protecciÃ³n a los niÃ±os y la familia.

4. Universidad del Rosario

El Decano de la Facultad de Jurisprudencia Dr. Juan Manuel Charry UrueÃ±a solicita que se declare inexequible el inciso 3 del artÃculo 1Âº de la ley 755 de 2002.

Expresa que la llamada "Ley MarÃa" fue expedida con el propÃ³sito de proporcionar un ambiente familiar al niÃ±o en sus primeros dÃas, razÃ³n por la cual consagrÃ³ el reconocimiento de una licencia remunerada para el esposo o compaÃ±ero permanente, siempre y cuando en este Ãºltimo caso hayan mediado dos aÃ±os de convivencia.

Afirma que en principio no podrÃa decirse que el inciso acusado de la Ley MarÃa viole la igualdad real y efectiva, pues solo exige una condiciÃ³n de permanencia comprobada para el reconocimiento de un derecho, lo que implicarÃa dar un tratamiento desigual a los desiguales. Sin embargo, cree que frente al artÃculo 44 Superior tal condiciÃ³n no resulta coherente con la necesidad de proteger con carÃ¡cter prevalente los derechos fundamentales de los niÃ±os y tampoco se aviene al artÃculo 42 de la Carta ya que al tenor de esta norma superior no es posible establecer un tratamiento diferente respecto de los reciÃ©n nacidos en virtud de vÃnculo existente entre los padres matrimoniales, con los hijos extramatrimoniales o los concebidos en uniÃ³n libre, toda vez que unos y otros tienen los mismos derechos.

Por esta razÃ³n, al disponerse en la Ley que la licencia remunerada de paternidad solo opera a favor de los esposos y compaÃ±eros permanentes que tengan dos aÃ±os de convivencia, lo acusado infringe el derecho de igualdad pues genera un trato discriminatorio entre los niÃ±os 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 MendÃ©z, se pronunciÃ³ en favor de la constitucionalidad de la norma acusada, pues en su parecer conforme a lo dispuesto en el artÃculo 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 idÃ©ntico y aunque se predique la igualdad ante la ley no se puede imaginar que algÃºn dÃa lleguemos a ser todos idÃ©nticos.

Sostiene que la licencia de paternidad se concede para que los reciÃ©n nacidos tengan el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de sus padres, filosofÃa Ã©sta que es la que ha sido invocada en otros paÃses donde se ha adoptado dicho derecho tales como Puerto Rico, MÃ©xico, Alemania, Dinamarca, EspaÃ±a, Finlandia, Holanda, Noruega, Suecia, Brasil, Argentina, Paraguay, Chile y Uruguay.

Considera que siendo este el propÃ³sito de la licencia de paternidad es de entender que la ley debe seÃ±alar los requisitos que garanticen que el niÃ±o va a recibir esos beneficios, pues la licencia de paternidad no se instituyÃ³ en beneficio del padre sino del reciÃ©n nacido y si no se tiene una garantÃa mÃnima de que serÃ¡ atendido por aquÃ©l la licencia no debe reconocerse.

Afirma que de los padres que estÃ¡n casados pero que estÃ¡n separados se debe presumir que el padre no estarÃ¡ junto a su hijo reciÃ©n nacido. La misma situaciÃ³n se puede presentar con la pareja que no estÃ¡ casada entre sÃ 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, estÃ¡n dispuestos a dedicarse en debida forma a la atenciÃ³n de la criatura con el fin de ofrecerle el cuidado, el afecto, el amor y la ternura de que habla la exposiciÃ³n de motivos (de la ley demandada), es por lo que la Ley fijÃ³ unos parÃ¡metros mÃnimos de los cuales, segÃºn el leal saber y entender del legislador, se puede presumir que el reconocimiento de la licencia cumplirÃ¡ 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 seÃ±ala que no encuentra una explicaciÃ³n razonable a la diferencia en la duraciÃ³n de la licencia dependiendo de si el padre cotiza o no al sistema de seguridad social, pues en su opiniÃ³n si el pago de los dÃas de la licencia de *maternidad* no depende de que el padre estÃ© cotizando, bajo ese mismo entendido el pago de la licencia de *paternidad* tampoco puede depender de que la madre estÃ© cotizando. En segundo lugar, con relaciÃ³n al requisito de la convivencia considera que asÃ como la norma acusada lo exige a los compaÃ±eros permanentes tambiÃ©n debe exigirlo a los cÃ³nyuges 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 guardÃ³ silencio sobre la prueba de la uniÃ³n 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 disposiciÃ³n acusada bajo el entendido que tanto los padres casados entre sÃ, como los padres que viven en uniÃ³n 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 jurÃdica del ICBF solicita la inexequibilidad 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 discriminaciÃ³n que infrinja la ConstituciÃ³n; por el contrario, debe tomar decisiones que hagan prevalecer los derechos fundamentales de los menores.

Sostiene que de conformidad con el artÃculo 42 de la ConstituciÃ³n PolÃtica son igualmente dignos de respeto y protecciÃ³n las familias originadas en el matrimonio como las constituidas al margen de Ã©ste, porque es al Estado a quien corresponde garantizar la protecciÃ³n en forma integral de la familia, independientemente de su constituciÃ³n (vÃnculos naturales o jurÃdicos), teniendo en cuenta siempre la igualdad de trato.

Apoyada en decisiones de la Corte Constitucional seÃ±ala que los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de Ã©l, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia cientÃfica, tienen iguales derechos y deberes, por lo que conforme al artÃculo 13 Superior deben recibir la misma protecciÃ³n y trato de las autoridades y gozarÃ¡n de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna clase de discriminaciÃ³n.

Estima que por esta razÃ³n el legislador no puede expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a derechos y deberes de quien tienen la calidad de cÃ³nyuge o de compaÃ±ero permanente, como tampoco entre los hijos habidos dentro del matrimonio o fuera de Ã©l.

Con base en lo argumentado, concluye que al consagrar el inciso tercero del artÃculo 1Âº de la Ley 755 de 2002 que el compaÃ±ero permanente tiene derecho a la licencia de paternidad siempre y cuando la uniÃ³n marital exista por un tÃ©rmino no inferior a dos aÃ±os, el legislador contradice los citados preceptos constitucionales, al igual que la finalidad e intenciÃ³n de la ley que es la de proteger sin ninguna discriminaciÃ³n a los niÃ±os reciÃ©n nacidos.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÃN

El Procurador General de la NaciÃ³n, en concepto No. 3077 de fecha 13 de noviembre de 2002, solicita a la Corte declarar inexequible en su totalidad el inciso tercero del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002.

Considera que la Corte debe modificar su jurisprudencia en lo que tiene que ver con la protecciÃ³n a la familia para que ampare a las familias distintas de las conformadas por el matrimonio o por la uniÃ³n marital de hecho.

SeÃ±ala que con relaciÃ³n a la protecciÃ³n a la familia la Asamblea Nacional Constituyente sostuvo que las familias unidas por vÃnculos naturales o jurÃdicos han sido reglamentadas durante toda nuestra vida civil de lo cual no se desprende que el matrimonio y la uniÃ³n marital de hecho sean los Ãºnicos tipos de familia.

En su parecer la regulaciÃ³n jurÃdica 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 caracterÃsticas que menciona la legislaciÃ³n, (uniÃ³n de hombre y mujer con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente), sÃ corresponden al criterio que se plasmÃ³ en el artÃculo 42 de la Carta polÃtica, segÃºn el cual la familia tambiÃ©n 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 Ã©stos la abandonÃ³ o porque fue su deseo concebirlos sin la aquiescencia y el apoyo del progenitor, o los hijos que son el producto de la reproducciÃ³n asistida; incluso se encuentran las parejas homosexuales que hacen vida en comÃºn, las que en su concepto constituyen una realidad no reconocida por el legislador.

Afirma, que la ConstituciÃ³n protege a la familia en un sentido amplio, es decir, no solo a las familias monogÃ¡micas y heterosexuales sino a todas las demÃ¡s, razÃ³n 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 uniÃ³n marital de hecho.

Igualmente expresa que la Asamblea Nacional Constituyente discutiÃ³ sobre el derecho de la mujer de permanecer al lado de su hijo reciÃ©n nacido y lo esencial que es que el padre participe en los primeros dÃas del niÃ±o, ya que su presencia proporciona a la mujer, ademÃ¡s de una ayuda prÃ¡ctica, la seguridad que ella requiere para crear un ambiente propicio para el desarrollo de su hijo.

Indica que segÃºn los antecedentes del artÃculo 43 de la ConstituciÃ³n, la protecciÃ³n a la mujer durante y despuÃ©s del embarazo involucra la importancia de la compaÃ±Ãa y apoyo del progenitor de su hijo, indistintamente de que exista o no un vÃnculo jurÃdico entre la mujer y el padre del reciÃ©n nacido.

De lo anterior concluye, que temas tan diversos como la familia y los niÃ±os fueron tratados conjuntamente en la Asamblea Nacional Constituyente sin perder de vista que una cosa es la regulaciÃ³n legal de la familia, la cual ha sido reglamentada por el legislador mediante las normas del CÃ³digo Civil y de la Ley 54 de 1990, y otra muy distinta es la protecciÃ³n a los menores y la niÃ±ez que consagrÃ³ la Carta, porque si bien el tema de los niÃ±os no se puede estudiar aisladamente de los asuntos referentes a la mujer y a la familia, esto no significa que los derechos de los niÃ±os consagrados expresamente en la ConstituciÃ³n tengan que supeditarse a las regulaciones que sobre la familia existen en el ordenamiento jurÃdico.

Afirma que la Ley 755 del 2002 busca desarrollar las disposiciones constitucionales que amparan a la niÃ±ez, protecciÃ³n 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 aÃ±os de convivencia no tiene justificaciÃ³n razonable alguna y constituye una discriminaciÃ³n para los hijos de padres no casados o que han convivido en uniÃ³n libre por un tiempo inferior a los dos aÃ±os.

AsÃ mismo, indica que segÃºn 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 niÃ±o, tanto en la etapa prenatal como en el momento de su nacimiento.

En ese orden de ideas, sostiene que la condiciÃ³n para que opere la licencia remunerada de paternidad contenida en el inciso tercero del artÃculo primero de la Ley 755 de 2002 es contraria al principio de igualdad.

Argumenta que la filosofÃa y objetivo de la mencionada ley no es otro que brindarle al reciÃ©n nacido la oportunidad de contar con el cuidado y amor de su padre durante los primeros dÃas de vida y a su vez que la madre pueda contar con el apoyo y la compaÃ±Ãa del padre de su hijo independientemente del tipo de familia que hayan conformado.

Por esta razÃ³n la ley mÃ¡s 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 sÃ protegen a los cÃ³nyuges, o con las normas que regulan la sustituciÃ³n pensional que protegen econÃ³micamente al cÃ³nyuge y compaÃ±ero permanente, trata de proteger es al menor reciÃ©n nacido que es asunto diferente.

El Jefe del Ministerio PÃºblico concluye que la condiciÃ³n 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 explicaciÃ³n alguna para que los hijos de padres no casados o de compaÃ±eros permanentes que no lleven dos aÃ±os de convivencia con su pareja, se vean privados de recibir el amor y cuidado de Ã©stos en los primeros dÃas de su vida. SeÃ±ala que la Ãºnica condiciÃ³n vÃ¡lida 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 artÃculo 241 de la ConstituciÃ³n PolÃtica.

2. El problema jurÃdico planteado

Para el actor el inciso tercero del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002 es inconstitucional, porque al consagrar la licencia remunerada de paternidad solamente respecto de hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente, evento este en el cual se requerirÃ¡ de dos aÃ±os de convivencia, no sÃ³lo discrimina a los niÃ±os reciÃ©n nacidos que estÃ¡n por fuera de las condiciones previstas en la Ley, vulnerando de esta forma el artÃculo 13 Superior, sino que tambiÃ©n los priva injustificadamente del derecho fundamental al cuidado y protecciÃ³n de sus padres durante sus primeros dÃas de existencia, desconociendo tambiÃ©n el artÃculo 44 de la Carta PolÃtica.

Algunos intervinientes consideran que la inconstitucionalidad del inciso radica en la exigencia de dos aÃ±os de convivencia para el reconocimiento de la licencia de paternidad en el caso del hijo nacido de la compaÃ±era permanente, pues en su sentir el derecho que consagra la norma tiene fundamento en el simple hecho de la progenitura 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 reciÃ©n nacido, quien requiere del cuidado, atenciÃ³n y afecto que solo puede brindar el progenitor que hace vida marital con su esposa o compaÃ±era permanente.

El Procurador, por su parte, estima que el inciso acusado es inexequible por cuanto la especial asistencia y protecciÃ³n estatal que contempla el artÃculo 43 Constitucional en favor de la mujer durante el embarazo y despuÃ©s del parto, comprende tambiÃ©n la compaÃ±Ãa y el apoyo que el progenitor le brinda en esos momentos sin reparar en la existencia de un vÃnculo de convivencia entre la pareja, lo cual juzga consecuente con la filosofÃa de la Ley 755 de 2002 de brindarle al reciÃ©n nacido la especial protecciÃ³n que la Carta consagra en su favor.

Corresponde entonces a la Corte dilucidar si el inciso tercero del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002 al disponer que la licencia remunerada de paternidad solo opera para los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente con quien se tenga dos aÃ±os de convivencia, desconoce los artÃculos 13 y 44 de la ConstituciÃ³n PolÃtica.

3. El interÃ©s superior del niÃ±o y la garantÃa de la plena satisfacciÃ³n de sus derechos

La ConstituciÃ³n de 1991 en sus artÃculos 42, 43, 44 y 45 acoge la doctrina de la protecciÃ³n integral de los menores que ya aparecÃa plasmada en la ConvenciÃ³n Internacional de los Derechos del NiÃ±o, aprobada por nuestro paÃs mediante la Ley 12 de 1992, y en la que se concibe dicha protecciÃ³n como la vigencia y satisfacciÃ³n simultÃ¡nea de todos los derechos de la infancia.

La protecciÃ³n integral al menor en la ConstituciÃ³n de 1991 se constituye en primer lugar por un sistema general de principios y garantÃas establecidos para todas las personas donde se encuentran, entre otros, el principio de la dignidad humana, el derecho a la vida, a la integridad fÃsica, la salud, la seguridad social, la nacionalidad, la nacionalidad, etc; y ademÃ¡s, por uno especial con caracterÃsticas y eficacia concretas que se traduce en que dichos derechos *son fundamentales y prevalentes.*

Los derechos de los niÃ±os no dependen de ninguna condiciÃ³n especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantÃa frente a la acciÃ³n del Estado y representan un deber de los poderes pÃºblicos de concurrir a la satisfacciÃ³n de los derechos prestaciÃ³n que contemplan. Es asÃ como se consagrÃ³ en la ConstituciÃ³n que la familia la sociedad y el Estado tienen la obligaciÃ³n de asistir y proteger al niÃ±o para garantizar su desarrollo armÃ³nico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

En este sentido, la Corte Constitucional al analizar el contenido del artÃculo 44 Superior, sobre los derechos fundamentales de los niÃ±os, considerÃ³ que:

"El primer aspecto a resaltar de esta norma es la doble categorizaciÃ³n que hace de las garantÃas contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artÃculo establece que los derechos de los niÃ±os son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia

constitucional,[1] dÃ¡ndole las consecuencias propias que en materia de protecciÃ³n y goce efectivo supone tal condiciÃ³n. AsÃ, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niÃ±os en razÃ³n a su fundamentalidad.

"El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condiciÃ³n de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niÃ±os. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberÃ¡ prevalecer sobre Ã©ste. Ahora bien, como lo ha seÃ±alado la jurisprudencia constitucional, ningÃºn 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 carÃ¡cter prevalente de los derechos de los niÃ±os exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos.[2]

"En cuanto a los derechos contemplados, la norma reitera varias garantÃas que estÃ¡n consagradas para todas las personas en otras disposiciones tambiÃ©n constitucionales, como los derechos a la vida, la integridad fÃsica, la salud, la seguridad social, el nombre, la nacionalidad, la educaciÃ³n, la cultura y la libertad de expresiÃ³n. En otros casos enuncia derechos generales, pero precisa algÃºn contenido especÃfico, 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 garantÃas especialmente consagradas para los menores: el derecho a recibir una alimentaciÃ³n equilibrada[3] y el derecho a recibir cuidado y amor, los cuales, en especial el segundo, adquieren un lugar destacado en el anÃ¡lisis del presente caso.

"La norma tambiÃ©n eleva a nivel constitucional la protecciÃ³n contra diferentes formas de agresiÃ³n, tales como el abandono, la violencia fÃsica o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotaciÃ³n laboral y econÃ³mica y los trabajos riesgosos"[4].

Entonces, la nueva normatividad sobre los derechos del niÃ±o se funda en que derivan de su condiciÃ³n de persona; por lo tanto, los mecanismos para su protecciÃ³n son complementarios, mÃ¡s no sustitutivos de los generales de protecciÃ³n de derechos reconocidos a todas las personas. En este sentido puede afirmarse que los niÃ±os gozan de una supraprotecciÃ³n o protecciÃ³n complementaria de sus derechos.

La protecciÃ³n integral de los derechos del niÃ±o se hace efectiva a travÃ©s del principio del *interÃ©s superior del niÃ±o,* consagrado en el mismo artÃculo 44 Superior al disponer que "*los derechos de los niÃ±os prevalecen sobre los derechos de los demÃ¡s*", y en el numeral 1Â° del artÃculo tercero de la ConvenciÃ³n de los Derechos del NiÃ±o, en virtud del cual "*1. En todas las medidas concernientes a los niÃ±os que tomen las instituciones pÃºblicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los Ã³rganos legislativos, una consideraciÃ³n primordial a que se atenderÃ¡ serÃ¡ el interÃ©s superior del niÃ±o*".[5] Otros instrumentos internacionales revelan tambiÃ©n la presencia de la nociÃ³n del interÃ©s superior del niÃ±o. En efecto, la declaraciÃ³n de Ginebra de 1924 estableciÃ³ el imperativo de darle a los niÃ±os lo mejor o con frases como "*los niÃ±os primero*" hasta la formulaciÃ³n expresa del principio en la DeclaraciÃ³n de los Derechos del NiÃ±o de 1959 y su posterior incorporaciÃ³n o inclusiÃ³n en la ConvenciÃ³n sobre la EliminaciÃ³n de todas las formas de DiscriminaciÃ³n contra la Mujer (arts. 5 y 16).

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

"El denominado "interÃ©s superior" es un concepto de suma importancia que transformÃ³ sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demÃ¡s" y, por consiguiente, su intervenciÃ³n y participaciÃ³n, en la vida jurÃdica (salvo algunos actos en que podÃa intervenir mediante representante) y, en la gran mayorÃa de situaciones que lo afectaban, prÃ¡cticamente era inexistente o muy reducida.

"Con la consolidaciÃ³n de la investigaciÃ³n cientÃfica, en disciplinas tales como la medicina, la sicologÃa, la sociologÃa, etc., se hicieron patentes los rasgos y caracterÃsticas propias del desarrollo de los niÃ±os, hasta establecer su carÃ¡cter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debÃa otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visiÃ³n del menor se justificÃ³ tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protecciÃ³n de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensiÃ³n -, como desde la Ã©tica que sostiene que sÃ³lo una adecuada protecciÃ³n del menor garantiza la formaciÃ³n de un adulto sano, libre y autÃ³nomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistiÃ³ en reconocerle al menor una caracterizaciÃ³n jurÃdica especÃfica fundada en sus intereses prevalentes.

"La mÃ¡s especializada doctrina coincide en seÃ±alar que el interÃ©s superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes fÃsicas y sicolÃ³gicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demÃ¡s y, por tanto, su existencia y protecciÃ³n no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurÃdicamente autÃ³nomos; (3) un concepto relacional, pues la garantÃa de su protecciÃ³n se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderaciÃ³n debe ser guiado por la protecciÃ³n de los derechos del menor; (4) la garantÃa de un interÃ©s jurÃdico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor."[6]

El interÃ©s superior del niÃ±o constituye entonces un principio garantista, ya que su razÃ³n de ser, su esencia, es la plena satisfacciÃ³n de los derechos de los menores. En este sentido resulta claro que el contenido del principio son los propios derechos de los niÃ±os, y por ello en este caso puede decirse que interÃ©s y derecho se identifican.

Antes de adoptarse la ConvenciÃ³n Internacional de los Derechos del NiÃ±o, la ausencia de un instrumento de esta naturaleza que sistematizara los derechos de los menores incidiÃ³ notablemente en la vaguedad de la nociÃ³n de interÃ©s superior, de suerte que su aplicaciÃ³n quedaba librada a la discrecionalidad de la autoridad administrativa en el plano de las polÃticas y programas sociales o a la judicial en el nivel del control y protecciÃ³n de la infancia.

A partir de la ConvenciÃ³n, y del amplio catÃ¡logo de derechos que a los niÃ±os reconoce la ConstituciÃ³n de 1991 el interÃ©s superior del

niÃ±o deja de ser una nociÃ³n 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 delante de manera imperativa Ã©sta queda limitada y orientada por los derechos que el ordenamiento jurÃdico reconoce al niÃ±o, considerando igualmente los principios de participaciÃ³n y de autonomÃa progresiva del niÃ±o en el ejercicio de sus derechos (arts. 5 y 12 de la ConvenciÃ³n).

AdemÃ¡s de limitar y orientar todas las decisiones segÃºn los derechos de los niÃ±os, el principio del interÃ©s superior cumple tambiÃ©n una importante funciÃ³n hermenÃ©utica en la medida en que permite interpretar sistemÃ¡ticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carÃ¡cter integral de los derechos del niÃ±o facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o mÃ¡s derechos respecto de un mismo infante, asÃ como llenar vacÃos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa.

En lo que respecta a las relaciones parentales el interÃ©s superior del niÃ±o desarrolla un papel de suma trascendencia, puesto que estÃ¡ llamado a orientar los derechos y responsabilidades de los padres en la crianza y educaciÃ³n del hijo y el deber del Estado de garantizarlos y apoyarlos. Los derechos de los padres no son absolutos sino que encuentran un lÃmite en los derechos de los niÃ±os, es decir por su interÃ©s superior, y por ello las facultades de orientaciÃ³n y direcciÃ³n de los hijos se limitan por el objetivo de la protecciÃ³n y desarrollo de la autonomÃ-a del niÃ±o en el ejercicio de sus derechos.

En consecuencia, es de vital importancia el interÃ©s superior del niÃ±o en el plano de las polÃticas pÃºblicas y en la prÃ¡ctica administrativa y judicial, por cuanto se aconseja que siempre se haga una adecuada ponderaciÃ³n de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resoluciÃ³n judicial o la decisiÃ³n administrativa. En estos casos ha de tomarse aquella medida que asegure la mÃ¡xima satisfacciÃ³n de los derechos de los niÃ±os que sea posible y la menor restricciÃ³n de los mismos, no sÃ³lo considerando el nÃºmero de derechos afectados sino tambiÃ©n su importancia relativa[7].

4. El derecho fundamental de los niÃ±os al cuidado y amor

Dentro del catÃ¡logo de garantÃas y derechos fundamentales de los niÃ±os, consagrados en el artÃculo 44 Superior, y sin desconocer la importancia e incidencia que todos y cada uno de ellos tiene para garantizar el desarrollo armÃ³nico e integral de los menores, merece especial atenciÃ³n el derecho relativo a "*el cuidado y amor*", por tener una estrecha relaciÃ³n con el asunto que se revisa.

El derecho fundamental de los niÃ±os al *cuidado y amor,* consagrado como novedoso en la ConstituciÃ³n de 1991, guarda armonÃa con distintos textos internacionales, como es el caso de la DeclaraciÃ³n Universal de los Derechos Humanos cuyo artÃculo 25 numeral 2Âº prescribe que "*La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales*"; con la DeclaraciÃ³n de los Derechos del NiÃ±o, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, que en su preÃ¡mbulo establece que "*el niÃ±o, por su falta de madurez fÃsica y mental, necesita protecciÃ³n y cuidado especiales, incluso la debida protecciÃ³n legal, tanto antes como despuÃ©s del nacimiento*", por lo cual gozarÃ¡ de una "*protecciÃ³n especial y dispondrÃ¡n de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse fÃsica, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, asÃ como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideraciÃ³n fundamental a que se atenderÃ¡ serÃ¡ el interÃ©s superior del niÃ±o*"[8]*; tambiÃ©n dispone dicha DeclaraciÃ³n que "El niÃ±o, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensiÃ³n. Siempre que sea posible, deberÃ¡ 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 deberÃ¡ separarse al niÃ±o de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades pÃºblicas tendrÃ¡n la obligaciÃ³n de cuidar especialmente a los niÃ±os 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 Ãndole*"[9]*; igualmente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y PolÃticos, aprobado por medio de la Ley 74 de 1968, que seÃ±ala en su artÃculo 24 que "todos los niÃ±os tienen derecho, sin discriminaciÃ³n alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religiÃ³n, origen nacional o social, posiciÃ³n econÃ³mica o nacimiento, a las medidas de protecciÃ³n que su condiciÃ³n de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado*".

Particularmente, la ConvenciÃ³n Internacional sobre los Derechos del NiÃ±o 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 niÃ±o por su estado de inmadurez fÃsica y mental necesita protecciÃ³n y cuidado especiales, incluso la debida protecciÃ³n legal, tanto antes como despuÃ©s del nacimiento, estableciÃ³ entre otros, los siguientes compromisos para los Estados Partes:

i) Se comprometen a asegurar al niÃ±o la protecciÃ³n 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 Ã©l ante la ley y, con ese fin, tomarÃ¡n todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas (Art. 3 num. 2).

ii) PondrÃ¡n el mÃ¡ximo empeÃ±o en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niÃ±o. IncumbirÃ¡ a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niÃ±o. Su preocupaciÃ³n fundamental serÃ¡ el *interÃ©s superior del niÃ±o* (Art. 18.1).

iii) AdoptarÃ¡n todas las medidas administrativas como legislativas y de otra Ãndole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la ConvenciÃ³n. En lo que respecta a los derechos econÃ³micos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarÃ¡n esas medidas hasta el mÃ¡ximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la cooperaciÃ³n internacional (art. 4).

iv) RespetarÃ¡n 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, segÃºn establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niÃ±o de impartirle, en

consonancia con la evoluciÃ³n de sus facultades, direcciÃ³n y orientaciÃ³n apropiadas para que el niÃ±o ejerza los derechos reconocidos en dicha ConvenciÃ³n.

v) ReconocerÃ¡n que todo niÃ±o tiene el derecho intrÃnseco a la vida y garantizarÃ¡n en la mÃ¡xima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niÃ±o. (art. 6 nums. 1 y 2)

vi) Se comprometen a que el niÃ±o sea inscrito inmediatamente despuÃ©s de su nacimiento y que tendrÃ¡ 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 ConvenciÃ³n, prestarÃ¡n la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeÃ±o de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niÃ±o y velarÃ¡n por la creaciÃ³n de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niÃ±os (art. 18 nums. 1 y 2)

En armonÃa 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 infancia[10], al considerar que en los tres primeros aÃ±os de vida "*las experiencias e interacciones de los niÃ±os con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos cientÃficos recientes confirman que los contactos fÃsicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niÃ±os 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 Ã©xito del niÃ±o en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta(…)*". Al respecto, especialmente ha seÃ±alado que "*Los efectos de lo que ocurre durante el perÃodo prenatal y durante los primeros meses y aÃ±os de la vida del niÃ±o pueden durar toda la vida[1]. Todos los componentes fundamentales de la inteligencia emocional confianza, curiosidad, intencionalidad, autocontrol y capacidad para relacionarse, comunicarse y cooperar con los demÃ¡s que determinan de quÃ© manera el niÃ±o aprende y establece relaciones en la escuela y en la vida en general, dependen del tipo de atenciÃ³n 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 econÃ³micas y las desigualdades de gÃ©nero que dividen a la sociedad y se contribuye a la inclusiÃ³n de quienes tradicionalmente quedan excluidos*".

AsÃ pues, por parte de la comunidad internacional existe un especial interÃ©s en el cuidado y amor a que tienen derecho todos los niÃ±os del mundo, que para el caso colombiano se traduce, en sentir de la Corte, en "*un tratamiento jurÃdico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantÃas previstas para alcanzar su efectividad. AsÃ, logran identificarse como seres reales, autÃ³nomos y en proceso de evoluciÃ³n personal, titulares de un interÃ©s jurÃdico superior que irradia todo el ordenamiento jurÃdico*"[11].

Con igual finalidad, en Colombia, aÃºn desde antes de la ConstituciÃ³n de 1991, se viene configurado un sistema jurÃdico, para dar protecciÃ³n al menor y garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos, integrado principalmente por la Ley 75 de 1968 que creÃ³ el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF-, la Ley 27 de 1974 por la cual se crean centros de atenciÃ³n al preescolar, la Ley 7Âª de 1979 por la cual se dictan normas sobre protecciÃ³n de la niÃ±ez, la Ley 55 de 1985 que seÃ±alÃ³ los objetivos del ICBF en cuanto a la protecciÃ³n del menor y fortalecimiento de la familia, el Decreto 2737 de 1989 por el cual se expide el CÃ³digo del Menor, la Ley 12 de 1991 que aprueba la ConvenciÃ³n Sobre Derechos del NiÃ±o, 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 protecciÃ³n familiar, reformada por la Ley 575 de 2000, y por la Ley 755 de 2002 que crea la licencia de paternidad.

En lo que ataÃ±e al derecho fundamental de los niÃ±os al *cuidado y amor*, la jurisprudencia de esta CorporaciÃ³n ha seÃ±alado que en su efectividad primeramente estÃ¡ comprometida la familia como cÃ©lula de la sociedad, pues"*La unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niÃ±os. La estabilidad del ambiente fÃsico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niÃ±o; un ambiente estable y seguro, facilita la concentraciÃ³n y motivaciÃ³n del niÃ±o; 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, educaciÃ³n y cuidado de los niÃ±os, tarea en la que habrÃ¡ de contar con la colaboraciÃ³n de la sociedad y del Estado. Este Ãºltimo cumple una funciÃ³n 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 protecciÃ³n y amor al niÃ±o son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se estÃ¡ cumpliendo propiamente la maternidad ni la paternidad. Sobre el particular ha hecho hincapiÃ© en que todo niÃ±o tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres, pues *si un padre o una madre incumplen con su obligaciÃ³n constitucional, no sÃ³lo estÃ¡n incurriendo en actitud injusta, sino que no estÃ¡n desempeÃ±ando 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 biolÃ³gico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protecciÃ³n y promociÃ³n del menor, fundada en el amor. AsÃ como hay quienes sin ser los padres biolÃ³gicos llegan a adquirir el status de padres por la adopciÃ³n, igualmente hay quienes, pese a tener el vÃnculo sanguÃneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad,* asÃ como que, la primera manifestaciÃ³n del derecho al amor de los hijos es la recepciÃ³n que los padres tienen que brindarles, lo cual *implica la acogida y el respeto al niÃ±o en su singularidad, tal como es, con sus cualidades y defectos, los cuales, han de ser susceptibles de correcciÃ³n, de ser ello posible. Igualmente, los padres, una vez recibido el hijo, tienen el deber de cuidarlo y brindarle todo el afecto posible.*[13]

AsÃ entonces, de acuerdo con la ConstituciÃ³n, el derecho fundamental de los niÃ±os al *cuidado y amor,* debe ser prodigado por la familia, en primer lugar, y por la sociedad, correspondiÃ©ndole tambiÃ©n al Estado la tarea de asistirlos y protegerlos asÃ como estimular tales conductas y apoyar su cumplimiento mediante la adopciÃ³n de mecanismos legales y la ejecuciÃ³n de polÃticas orientadas hacia su desarrollo armÃ³nico e

integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

5. El nuevo concepto de paternidad y la garantÃa del derecho fundamental de los niÃ±os al cuidado y amor

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 participaciÃ³n 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 ÃºltimOs tiempos han generado transformaciones importantes en el papel que le corresponde ejercer al padre en la crianza del hijo. Desde la Ã©poca colonial hasta fines del siglo XIX el principal rol paterno consistÃa en otorgar a los hijos una educaciÃ³n cristiana; por lo tanto, la educciÃ³n cristiana y las buenas costumbres eran entonces su tarea fundamental. A comienzos del siglo XX y por causa de la industrializaciÃ³n, la necesidad imperativa del hombre de pasar la mayor parte de la jornada en las fÃ¡bricas, produjo un cambio en el papel paterno asumiendo el soporte econÃ³mico de la familia pero delegando en la madre la crianza y educciÃ³n de los hijos. A partir de la dÃ©cada del 30 y por efecto de la llamada Gran DepresiÃ³n, los padres se quedaron sin empleo y por lo tanto el rol de proveedores les era difÃcil de cumplir; se presentÃ³ igualmente la partida de los hombres al ejercito durante la Segunda Guerra Mundial, lo que permitiÃ³ que Ã©stos dejaran puestos de trabajo que comenzaron a ser ocupados por mujeres, y que se presentara la ausencia del padre en el hogar, vivida dramÃ¡ticamente por los hijos especialmente varones, lo que propiciÃ³ posteriormente la necesidad de tener un fuerte modelo paterno aduciÃ©ndose beneficioso para el bienestar psÃquico de los niÃ±os. Estas circunstancias motivaron el inicio de un cambio en el concepto de paternidad, pero es sobre todo en la dÃ©cada del 70 en la que realmente aparece una nueva imagen paterna, mucho mÃ¡s comprometida con los hijos dada la incorporaciÃ³n de la mujer en el mercado de trabajo. Finalmente a fines del milenio se produce la llamada "*revoluciÃ³n masculina*" que ha influenciado el cambio de actitud del hombre hacia sus hijos, segÃºn la cual, una nueva generaciÃ³n 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 virilidad[14]. Es asÃ como ademÃ¡s comienzan a cambiar diversas costumbres mÃ©dicas, por ejemplo, se incluyÃ³ al padre en el momento del parto y, en algunas sociedades se instituyÃ³ la licencia por paternidad.

Al margen de esta referencia histÃ³rica, tambiÃ©n se ha dicho que los hombres han atravesado tres modelos antes de llegar al del nuevo milenio: i) en los aÃ±os 50 surge el "*macho*", proveedor o padre "*nutricio*" con sus hijos, pero manteniÃ©ndose alejado de ellos; ii) en los aÃ±os 60 aparece un "*hombre cuestionador*" y se introducen nociones mÃ¡s flexibles y reflexivas sobre la paternidad; y, iii) en los 70 hizo su apariciÃ³n el "*hombre sensitivo*" que comenzaba a tomar conciencia de su responsabilidad con la naturaleza y con los hijos.[15]

En cuanto a las investigaciones, Ã©stas 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 especÃficamente las funciones paternales que colaboran con el desarrollo del hijo. En los ÃºltimOs 30 aÃ±os, han surgido diversos conceptos fortaleciendo la idea de un "*nuevo padre*", aquel que se compromete con los cuidados y la crianza de sus hijos biolÃ³gicos, y para los entendidos comprende distintos elementos como son: la interacciÃ³n, la accesibilidad y la responsabilidad. AdemÃ¡s se ha demostrado, que el esposo actÃºa como soporte emocional de la madre en el perÃodo 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 asÃ transmita bienestar a su hijo; por ello se han modificado algunas prÃ¡cticas mÃ©dicas permitiendo el ingreso de los padres a las salas de cuidados intensivos en los casos de niÃ±os prematuros. Otra corriente, la de la concepciÃ³n sicoanalÃtica de la paternidad, seÃ±ala que el padre representa el mundo exterior, la autoridad y la ley y su relaciÃ³n con sus hijos estÃ¡ intermediada por la madre quien es la figura esencial en las primeras etapas de su vida; esta visiÃ³n ha sido cuestionada por otros estudios mÃ¡s concretos acerca de la interacciÃ³n padre-hijo, segÃºn los cuales es mÃ¡s razonable concebir el desarrollo de la personalidad del niÃ±o en el contexto del sistema familiar en el cual actÃºan sus integrantes. [16]

Otros estudios[17] hacen hincapiÃ© en la llamada "*paternidad comprometida*", caracterizada por la existencia de sentimientos y conductas responsables respecto del hijo, compromiso emocional, accesibilidad fÃsica, apoyo material a las necesidades del niÃ±o 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 niÃ±os con padres altamente comprometidos se distinguen por mayor capacidad cognitiva, empatÃa, creencias sexuales menos estereotipadas y mejor capacidad de autocontrol. SeÃ±alan especialmente, que un factor fundamental para explicar esas diferencias es el contexto familiar en que esos niÃ±os 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 mÃ¡s satisfactorio para el hijo, lo que les permite tener mÃ¡s cercanÃa con el hijo y por ende relaciones maritales mÃ¡s satisfactorias.

En lo que concierne a la incidencia del cuidado paterno en el desarrollo infantil, tales estudios ponen de presente que si los niÃ±os desde que nacen pueden descubrir al padre y diferenciarlo de la madre, esta conexiÃ³n con aquÃ©l es importante para su desarrollo. Es asÃ como consideran que los niÃ±os que han tenido un padre que les brinda cuidado y amor durante los primeros dieciocho a veinticuatro meses de vida son mÃ¡s seguros en la exploraciÃ³n del mundo que les rodea, y son mÃ¡s curiosos y menos dubitativos frente a los nuevos estÃmulos. TambiÃ©n han demostrado que el alto coeficiente intelectual de los hijos estÃ¡ asociado al cuidado paterno permanente, asÃ como tambiÃ©n lo estÃ¡n el autocontrol, la sensibilidad moral y el desarrollo fÃsico.[18]

AdemÃ¡s, segÃºn esos estudios la influencia paterna positiva es mÃ¡s probable que ocurra no sÃ³lo cuando hay una relaciÃ³n padre-hijo, sino primordialmente cuando existe una relaciÃ³n afectiva del padre con la madre, y probablemente con otros hijos, generando un contexto familiar propicio.

Especialmente los estudios de sicologÃa[19] han puesto Ã©nfasis en el valor e importancia del afecto del padre implicado en una relaciÃ³n con su hijo desde el momento mismo de la gestaciÃ³n, compartiendo con su pareja la experiencia de la paternidad. El niÃ±o 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 reciÃ©n nacido se consuela cuando el padre lo toma en brazos. AsÃ pues, el hombre inicia su paternidad desde el momento en que resuelve y ejerce su derecho de acompaÃ±ar 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 hijos. Los padres no pueden ser considerados ocasionales sustitutos maternos. Ellos interactÃºan con sus hijos en un camino Ãºnico e indiferenciable. Y las interacciones maternas y paternas, tienen implicaciones diferentes en la vida psÃquica de los niÃ±os.

Estudios realizados en Colombia sobre la paternidad y la influencia del padre en la formaciÃ³n de los hijos muestran como la forma de "*paternar*"[20] *del padre influye de manera notable en la evoluciÃ³n sicolÃ³gica, fÃsica, sexual, moral, cognoscitiva y en el ser social de los hijos desde la gestaciÃ³n. Al respecto, en un trabajo titulado* "*presencia y pertenencia paterna*" *realizado dentro del marco del movimiento Paternar: Mejor Padre Mejor PaÃs, 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 gestaciÃ³n de su compaÃ±era y averigua hasta que conoce el estado evolutivo de su hijo sea fecundaciÃ³n, embriÃ³n, feto o el momento especial de separaciÃ³n de la madre al nacer. Un hombre quien se fija en cada cambio corporal de su compaÃ±era 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 tambiÃ©n en la forma interaccional. TambiÃ©n puede observar en sÃ mismo la resonancia que ese Ãºtero produce en Ã©l, su cuerpo, su interacciÃ³n 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 Ã©l o ella disfruta la voz grave que le ofrece el padre al vientre materno. La paternidad despierta en la pareja una atenciÃ³n especial a la interacciÃ³n pues ahora es distinta. Sabe que la mujer estÃ¡ centrada en una situaciÃ³n compleja de ambivalencia, ansiedad, temor, orgullo somnolencia, alerta a las expresiones y movimientos y ademÃ¡s especialmente sensible al comportamiento del futuro hombre. (...) El hombre que asume vÃnculo afectivo con su pareja, se permite SINCRONIA con la experiencia de gestaciÃ³n, parto, nacimiento y crianza, reuniÃ³n de tres en la vivencia que sÃ³lo es posible para los tres Padre-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 sensibilizaciÃ³n que preparan la vinculaciÃ³n y el apego, la inquietud, la responsabilidad y el deseo de proteger al hijo y a su pareja en su propio espacio. (...) PATERNAR es mÃ¡s 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 preocupaciÃ³n, alegrÃa, optimismo e inspiraciÃ³n 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 pasarÃ¡n a ser la base de su prehistoria personal y relacional, segÃºn el pequeÃ±o o pequeÃ±a perciba al padre en relaciÃ³n consigo mismo y con la madre".[21]

En conclusiÃ³n, si bien no existe un rol paterno Ãºnico 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 sÃ estÃ¡ claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aÃºn mÃ¡s 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 armÃ³nico e integral.

6. La licencia de paternidad

La idea de que el padre debe involucrarse activamente en la crianza de los hijos, brindÃ¡ndoles protecciÃ³n, cuidado y amor, especialmente en los primeros momentos de vida, llevÃ³ a la OrganizaciÃ³n Internacional del Trabajo -OIT- a adoptar en el aÃ±o de 1981 la RecomendaciÃ³n sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, cuyo numeral 22 sugiriÃ³ a los paÃses miembros la consagraciÃ³n de una licencia parental o de paternidad para que los padres trabajadores contribuyeran al cuidado del hijo reciÃ©n nacido, y de esta forma pudieran conciliar su vida profesional con la familiar.

Siguiendo esta tendencia, el artÃculo 34 de la Ley 50 de 1990, que modificÃ³ el artÃculo 236 del CÃ³digo Sustantivo del Trabajo, autorizÃ³ a la trabajadora que hiciera uso del descanso remunerado en la Ã©poca del parto para reducir a once semanas su licencia de maternidad, cediendo la semana restante a su esposo o compaÃ±ero permanente "*para obtener de este la compaÃ±Ãa y atenciÃ³n en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio*".

Lamentablemente tal determinaciÃ³n no fue acertada, puesto que en la prÃ¡ctica significÃ³ un verdadero retroceso en lo concerniente a la protecciÃ³n de los derechos de la mujer y del niÃ±o asÃ como en materia de fortalecimiento de la familia y la paternidad responsable.

AsÃ se dejÃ³ expuesto por el legislador al motivar el proyecto que hoy en dÃa es la Ley 755 de 2002:

"Advertida asÃ la necesidad de compartir entre padre y madre el cuidado y el amor de los niÃ±os reciÃ©n nacidos, el legislador colombiano, con buena voluntad pero con deficiente cÃ¡lculo, tratando de enmendar la omisiÃ³n en materia de licencia de paternidad introdujo una enmienda que complicÃ³ aun mÃ¡s la situaciÃ³n. En efecto, autorizÃ³ 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, quedarÃa 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 paÃses que hoy conceden menos de doce semanas de licencia de maternidad se encuentran -vaya lista- TÃºnez, LÃbano, Katar, Papua Nueva Guinea, Bahrein, Emiratos Arabes Unidos, Jamahiriya, Nepal, Sudan, Guinea, Kenya, YemÃ¡n,

Arabia Saudita, Kuwait o Santo Tome, entre otros.

"Resulta obvio, entonces, que resultÃ³ peor la soluciÃ³n que el mal. Condenar a las mujeres a tener una licencia de maternidad de menos de doce semanas es un gravÃsimo retroceso en materia de protecciÃ³n de sus derechos, en materia de reconocimiento de los derechos del niÃ±o 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 mÃnimo de doce semanas la licencia de maternidad pero adicionarla con la licencia de paternidad en aras de la protecciÃ³n del supremo interÃ©s del niÃ±o, esta licencia de una semana remunerada y una sin remuneraciÃ³n no resulta gravosa ni onerosa para el mercado laboral. Por el contrario genera mayores estÃmulos de satisfacciÃ³n y buen desempeÃ±o de padres y madres, exigencia de la solicitud conjunta de la licencia busca reforzar la unidad familiar, la equidad de genero, la confianza en la pareja y, tambiÃ©n, 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 serÃ¡ mejor, mÃ¡s justa, mÃ¡s pacÃfica, mÃ¡s equitativa, mÃ¡s armÃ³nica si a nuestros niÃ±os, 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]

AdemÃ¡s considerÃ³ el legislador como motivo para crear la licencia remunerada de paternidad que:

"Es abundante la bibliografÃa moderna en materia del imperativo de brindar a los niÃ±os 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 niÃ±os. Los niÃ±os necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atenciÃ³n y dedicaciÃ³n. Ello se hace particularmente critico en tratÃ¡ndose de los primeros dÃas de la existencia de los bebÃ©s. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre tambiÃ©n necesita al padre. El niÃ±o tiene el derecho preferente a que su padre lo acompaÃ±e. Y lo cuide. Y le dÃ© amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros dÃas de su crianza. Por otra parte el padre tambiÃ©n tiene el derecho a estar con su criatura reciÃ©n nacida. Y acompaÃ±arla durante los primeros dÃas. No en vano el propio constituyente definiÃ³ en su artÃculo 43 un principio inspirador de equidad de genero. Y la madre, a su turno, tambiÃ©n tiene derecho a que el padre la acompaÃ±e en el pos-parto. Y en la guarda, cuidado y protecciÃ³n de su bebÃ©.

"Negar este derecho equivaldrÃa a condenar a los niÃ±os 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 podrÃa prodigar. EquivaldrÃa, en los primeros dÃas de su existencia a cumplir a medias con la voluntad constituyente.

"Desde una dimensiÃ³n sociolÃ³gica, no resulta difÃcil 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 socializaciÃ³n en nuestro paÃs. RaÃces de nuestra violencia podrÃan ubicarse en el tenue rol que la paternidad ha cumplido en muchos ciclos familiares".

SegÃºn dichos antecedentes legislativos, el establecimiento del derecho a la licencia remunerada de paternidad obedeciÃ³ entonces a la necesidad de hacer prevalecer el *interÃ©s superior del niÃ±o* dotÃ¡ndolo de un mecanismo legal orientado ha hacer realidad el mandato del artÃculo 44 Superior en cuanto pretende garantizarle su derecho fundamental al cuidado y amor especialmente en los primeros dÃas de su existencia, permitiÃ©ndole en esos dÃas, no solo la compaÃ±Ãa permanente de la madre sino tambiÃ©n la del padre, para su desarrollo armÃ³nico e integral.

La Ley 755 de 2002 "*Por la cual se modifica el parÃ¡grafo del artÃculo 236 del CÃ³digo Sustantivo del Trabajo*", otorga al esposo o compaÃ±ero permanente -con independencia de la licencia de maternidad- el derecho a cuatro (4) dÃas de licencia remunerada de paternidad, en el caso de que solo el padre estÃ© cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud o de ocho (8) dÃas hÃ¡biles en el evento en que ambos padres estÃ©n cotizando.

Dicha licencia es incompatible con la licencia de calamidad domÃ©stica; sÃ³lo opera para los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente con quien se tengan dos aÃ±os de convivencia; estarÃ¡ a cargo de la EPS[23] 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 presentaciÃ³n del registro civil de nacimiento dentro de los 30 dÃas siguientes al nacimiento del menor. AdemÃ¡s puede ser ampliada por el Gobierno para los casos de los niÃ±os prematuros y adoptivos.

Como puede advertirse, fue la intenciÃ³n del legislador al crear la licencia remunerada de paternidad permitir al reciÃ©n nacido el ejercicio de sus derechos fundamentales y especialmente el de recibir cuidado y amor de manera plena en la Ã©poca inmediatamente posterior a su nacimiento. Dicha licencia permite al padre, y en el interÃ©s superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niÃ±o alcance su pleno desarrollo fÃsico y emocional.

De ahÃ que la orientaciÃ³n 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 acompaÃ±ar a su hijo en los primeros momentos de vida, pues si lo que se busca es proteger el interÃ©s superior del niÃ±o, la licencia conlleva una responsabilidad para el padre de acompaÃ±ar y cuidar al hijo, brindÃ¡ndole la ayuda y el apoyo necesarios en los dÃas 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 garantÃa del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niÃ±o 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 acompaÃ±e y cuide al hijo, garantizÃ¡ndole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y amor.

AsÃ pues, para el legislador el objetivo de este derecho consiste en que, compartiendo el padre con el hijo Ã©se tiempo tan preciado, se atienda su interÃ©s superior, permitiÃ©ndole iniciar su formaciÃ³n de una manera sÃ³lida para fortalecer los vÃnculos paterno-filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armÃ³nico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad.

7. El caso concreto

El artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002 en lo impugnado establece que "*la licencia remunerada de paternidad sÃ³lo opera para los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente. En este ÃºltimO caso se requerirÃ¡n dos aÃ±os de convivencia*". SegÃºn el actor la inconstitucionalidad de este segmento normativo radica en que viola el principio de igualdad y el derecho fundamental de los niÃ±os al cuidado y afecto de sus padres, por cuanto en su sentir "*discrimina a los niÃ±os reciÃ©n nacidos que estÃ¡n por fuera de las condiciones previstas en la ley ya que Ã©stos al igual que los otros merecen gozar de la atenciÃ³n y el cuidado de sus padres durante los primeros dÃas de existencia*".

Siguiendo el texto del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002 se observa que, en la Ã©poca del parto, el *esposo o compaÃ±ero permanente* tendrÃ¡ derecho a cuatro (4) dÃas de licencia remunerada de paternidad, en el caso de que solo el padre estÃ© cotizando al Sistema de Seguridad Social en Salud, o de ocho (8) dÃas hÃ¡biles, en el evento en que ambos padres estÃ©n cotizando.

El inciso acusado recalca, que *la licencia remunerada de paternidad solo opera para los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era permanente. En este ÃºltimO caso se requerirÃ¡n dos aÃ±os de convivencia.*

Al disponer que el derecho de licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la *esposa* o *compaÃ±era*, la disposiciÃ³n que se examina puede enmarcarse en el contexto del artÃculo 42 de la ConstituciÃ³n, segÃºn el cual, la familia se constituye por vÃnculos naturales o jurÃdicos, por la decisiÃ³n libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla, pues segÃºn se advirtiÃ³ 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 otorgÃ¡ndole dedicaciÃ³n, atenciÃ³n y cuidado de manera permanente y estable, nada se opone a que esta situaciÃ³n se presente dentro del entorno familiar que brinda el matrimonio o la uniÃ³n marital de hecho.

Al respecto cabe recordar que la familia estÃ¡ llamada en primer tÃ©rmino a prodigarle cuidado y amor al hijo, a fin de garantizarle su desarrollo integral y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, entendida Ã©sta[24], y de manera particular para los efectos de la licencia remunerada de paternidad, la referida a la decisiÃ³n libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. AdemÃ¡s, no escapa a la Corte que la familia, nÃºcleo fundamental de la sociedad, ejerce un papel fundamental en el desarrollo de la persona humana pues cumple una funciÃ³n sicolÃ³gica y existencial que se agrega a las otras funciones de reproducciÃ³n biolÃ³gica, ayuda mutua y sustento material. En efecto, la familia constituye el espacio de socializaciÃ³n mÃ¡s importante para cualquier individuo, sobre todo para el niÃ±o en sus primeras etapas de desarrollo[25]. 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 niÃ±o. Claro estÃ¡ que la familia se estructura y adquiere su dinÃ¡mica de acuerdo a las caracterÃsticas propias del contexto socio-cultural. Pero en todo caso, es la primera escuela de convivencia pues a travÃ©s de ella el individuo aprehende los valores, costumbres y creencias. TambiÃ©n es allÃ 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 desempeÃ±o personal en los Ã¡mbitos personal y familiar. Por consiguiente, el ambiente familiar debe ser propicio para que se dÃ© un normal desarrollo de los hijos.

Y si bien lo anterior es cierto, no lo es menos que como ya se dijo en un acÃ¡pite anterior, el interÃ©s superior del niÃ±o estÃ¡ formulado en el artÃculo 44 de la ConstituciÃ³n como una garantÃa de la vigencia de los demÃ¡s derechos que le corresponden, a tal punto que llega a identificarse con ellos limitando y orientado al mismo tiempo la acciÃ³n de las autoridades pÃºblicas, y que asÃ mismo, especialmente en sede judicial, la aplicaciÃ³n de dicho principio aconseja adoptar las determinaciones que procuren la mÃ¡xima satisfacciÃ³n de los derechos de los menores.

En el caso bajo anÃ¡lisis, se ha establecido que la licencia de paternidad regulada en el artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2001 fue instituida por el legislador con el propÃ³sito fundamental de satisfacer el interÃ©s superior del niÃ±o 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 armÃ³nico e integral del menor.

Siendo este el objetivo esencial de la licencia de paternidad, procede entonces definir si la determinaciÃ³n consignada en el inciso tercero bajo anÃ¡lisis, consistente en exigir la convivencia de los progenitores del menor y ademÃ¡s, por un tiempo superior a los dos aÃ±os, resulta razonable a la luz del mismo, para lo cual debe tenerse en cuenta que la efectividad del derecho del reciÃ©n nacido al cuidado y amor del padre se debe llevar a cabo haciendo prevalecer el interÃ©s superior del niÃ±o, aÃºn por encima de circunstancias materiales como la exigencia de una convivencia efectiva entre los padres del menor, y mÃ¡s aÃºn, por un tiempo superior a los dos aÃ±os, que pueden interferir en el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En este sentido ha de considerarse, que si la teleologÃa de la licencia de paternidad es la de hacer efectivo el interÃ©s superior del niÃ±o a

recibir el cuidado y al amor de manera plena por parte de su padre, propiciando de esta forma un ambiente benÃ©fico para el desarrollo integral del mismo, el requisito de la convivencia, y mÃ¡s aÃºn, por dos aÃ±os, que exige el inciso impugnado no resulta razonable, como quiera que, independientemente que se den o no estas circunstancias, al reciÃ©n nacido no se le puede privar del derecho fundamental al amor y cuidado de su padre.

Entonces, no tiene justificaciÃ³n razonable el no incluir como beneficiario de dicha licencia al padre que no conviva al momento del nacimiento de su hijo con la cÃ³nyuge o compaÃ±era o que haciÃ©ndolo no lleva el mÃnimo de dos aÃ±os que exige la norma, pues es incuestionable que no mediando estos eventos el niÃ±o tambiÃ©n tiene derecho a la cercanÃa y cuidados de su progenitor, pues el hecho de la convivencia entre los padres no puede ser oponible al interÃ©s superior del reciÃ©n 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 compaÃ±eros 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 interÃ©s superior del niÃ±o, 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 niÃ±os cuyos progenitores por alguna circunstancia no conviven para la Ã©poca del nacimiento quedarÃan privados injustificadamente de la compaÃ±Ãa, 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 ÃºltimO caso se requerirÃ¡n dos (2) aÃ±os de convivencia*", del inciso tercero del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002, son contrarias al Estatuto Superior, especialmente al artÃculo 44 de la Carta que consagra los derechos fundamentales de los niÃ±os al cuidado y amor y por tal motivo serÃ¡n retiradas del ordenamiento jurÃdico. El resto del inciso tercero del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002 que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era, serÃ¡ declarado exequible.

VII. DECISIÃ□N

En mÃ©rito de lo expuesto, la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la ConstituciÃ³n,

RESUELVE:

Primero. Declarar INEXEQUIBLES las expresiones "*solo*", "*permanente*" y "*En este ÃºltimO caso se requerirÃ¡n dos (2) aÃ±os de convivencia*", del inciso tercero del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002.

Segundo. Declarar EXEQUIBLE el segmento normativo del inciso tercero del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002, que dispone que la licencia remunerada de paternidad opera para los hijos nacidos de la cÃ³nyuge o de la compaÃ±era.

CÃ³piese, notifÃquese, publÃquese, insÃ©rtese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archÃvese el expediente.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÃ□A

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÃ□ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÃ□O

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

Ã□LVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÃ□S VARGAS HERNÃ□NDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÃCHICA MÃNDEZ

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 comisiÃ³n debidamente autorizada por la Sala Plena.

MARTHA VICTORIA SÃCHICA MÃNDEZ

Secretaria General

NOTAS DE PIE DE PÃGINA

1 Con relaciÃ³n a la *fundamentalidad* de los derechos de las niÃ±as y los niÃ±os ver entre otras las sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz) y SU-043/95 (M.P: Fabio MorÃ³n DÃaz).

2 Por ejemplo, en la sentencia T-598/93 (M.P. Eduardo Cifuentes MuÃ±oz) se decidiÃ³ que permitir "(...) indiscriminadamente y por principio la detenciÃ³n domiciliaria de las madres de menores, no sÃ³lo pone en entredicho la seguridad del Estado y la tranquilidad ciudadana, sino que no soluciona el verdadero problema. Esto es, la humanizaciÃ³n 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."

3 La ConstituciÃ³n contempla un subsidio alimentario a cargo del Estado para las mujeres en estado de embarazo y despuÃ©s del parto, si para entonces estÃ¡n desempleadas o desamparadas (art. 43, C.P.), y para personas en condiciones de indigencia.

4 Sent. 157 de 2002 M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

5 La evoluciÃ³n de los instrumentos internacionales de los derechos de los niÃ±os revela la permanente presencia de la nociÃ³n de interÃ©s superior del niÃ±o. AsÃ en la DeclaraciÃ³n de Ginebra de 1924 se estableciÃ³ el imperativo de darle a los niÃ±os lo mejor, con frases como "los niÃ±os primero", hasta la formulaciÃ³n expresa del principio en la DeclaraciÃ³n de los Derechos del NiÃ±o en 1959 y su posterior incorporaciÃ³n en la ConvenciÃ³n Internacional sobre los Derechos del NiÃ±o.

6 Sentencia T- 408 de 1995. M.P Eduardo Cifuentes MuÃ±oz

7 AsÃ por ejemplo en la Sentencia C-157 de 2002, la Corte declarÃ³ exequible el inciso primero del artÃculo 153 del CÃ³digo Penitenciario y Carcelario, que autoriza la direcciÃ³n del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario para permitir la permanencia en los establecimientos de reclusiÃ³n a los hijos de las internas, hasta la edad de tres aÃ±os, pero bajo dos condicionamientos: (i) que la decisiÃ³n sobre el ingreso y la permanencia del menor en la cÃ¡rcel es en principio de los padres. Impedir que Ã©ste ingrese a la cÃ¡rcel o exigir que sea separado de su madre corresponde al Juez de Familia, no a la DirecciÃ³n 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 decisiÃ³n corresponde a dicho funcionario judicial, consultando el interÃ©s superior del menor. Y (ii) que el lÃmite temporal de los tres aÃ±os es el mÃ¡ximo tiempo que puede estar un menor junto a su madre dentro de la cÃ¡rcel. Cuando las autoridades encargadas de vigilar y cuidar a los menores detecten que, en un caso concreto, lo mejor para el *interÃ©s superior* de Ã©ste, a pesar de ser menor de tres aÃ±os, no es estar con su madre, podrÃ¡n adelantar los procedimientos orientados a su proteccIÃ³n. En caso de que la decisiÃ³n sea separarlos, la medida ha de ser tomada por un juez, no por autoridad administrativa. En relaciÃ³n con lo decidido en esta providencia aclararon su voto los Magistrados Jaime CÃ³rdova TriviÃ±o, Eduardo Montelegre Lynett y Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa.

Igualmente en Sentencia C-184 de 2003, M.P. Manuel JosÃ© Cepeda Espinosa, la Corte dio aplicaciÃ³n al principio del interÃ©s superior del niÃ±o y declarÃ³ exequible en forma condicionada los apartes acusados del artÃculo 1Â° de la Ley 750 de 2002, que limitaban solamente a la mujer cabeza de familia la prisiÃ³n domiciliaria "en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrÃ¡ ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situaciÃ³n que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias especÃficas del caso, el *interÃ©s superior del hijo menor o del hijo impedido*". Para fundamentar su decisiÃ³n la Corte arguyÃ³ que "en virtud de los derechos fundamentales de los niÃ±os, que prevalecen sobre los demÃ¡s (artÃculo 44, C.P.), el legislador no puede proteger exclusivamente los derechos al cuidado y amor de los niÃ±os y niÃ±as, dada su estrecha relaciÃ³n con sus derechos a la salud y con su desarrollo integral, cuando Ã©stos 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 desprotecciÃ³n de sus derechos serÃa contraria a la ConstituciÃ³n y, por ello, la norma parcialmente acusada serÃ¡ declarada constitucional con el condicionamiento mencionado. Se advierte que el padre cabeza de familia cuyos hijos dependen de Ã©l, no para su manutenciÃ³n econÃ³mica sino para su cuidado y proteccIÃ³n real y concreta, podrÃ¡n acceder al derecho de prisiÃ³n domiciliaria sÃ³lo cuando se reÃºnan los requisitos establecidos en la ley, y seÃ±alados en esta sentencia, para que el juez penal competente

decida, en cada caso, si ello es manifiestamente necesario en aras del interÃ©s superior del hijo menor o del hijo impedido".

8 Principio 2 de la DeclaraciÃ³n de los Derechos del NiÃ±o

9 Principio 6 IbÃdem

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

11 Sentencia T-556 de 1998.

12 Sentencia T-278 de 1994

13 Sentencia T-339 de 1994

14 Oiberman Alicia. "La relaciÃ³n padre-bebÃ©. Una revisiÃ³n bibliogrÃ¡fica". Revista del Hospital Materno Infantil "RamÃ³n SardÃ¡" Chile. 1994.

15 IbÃdem.

16 Op. Cit.

17 "El rol del padre y su influencia en los hijos". En Corriente de OpiniÃ³n, publicaciÃ³n de la FundaciÃ³n Chile Unido. PÃ¡gina web www.chileunido.cl.

18 Sobre el actual rol del padre en el cuidado de los hijos la UNICEF en el documento "*Iniciativa PapÃ¡: Mejorar la vida del niÃ±o, padre a padre*" ha puntualizado:

"Los estudios sobre las funciones del padre en la crianza del niÃ±o 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 contribuciÃ³n econÃ³mica y la autoridad que detenta es la decisiva influencia que ejerce en la crianza y el cuidado del niÃ±o.

"Cuando el padre cuida a sus hijos no sÃ³lo aumenta la salud fÃsica de Ã©stos, sino que ganan en agudeza mental y equilibrio afectivo. Un estudio llevado a cabo en Barbados con niÃ±os de ocho aÃ±os demostrÃ³ que los niÃ±os rendÃan 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 niÃ±os pequeÃ±os de cuyo cuidado se ocupa plenamente su padre obtienen mejores resultados en las pruebas de inteligencia de grado preescolar que los niÃ±os en cuyo cuidado el padre participa en menor medida. La mejora de los resultados acadÃ©micos no es el Ãºnico beneficio que reporta un padre devoto. Cuando el padre y los hijos juegan, cantan y se rÃen 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 GÃ³mez Polo Amanda. "Fortalecimiento del vÃnculo afectivo padre-hijo-hija". Editorial y FundaciÃ³n S-XXI. AÃ±o 2002.

20 "*Paternar consiste en ser la guÃa 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 aÃ±os de vida del niÃ±o. Haber recibido amor tempranamente deja un sello para toda la vida, es un elemento muy positivo para los aÃ±os venideros. El haber sido amado de manera no ambivalente por el padre significa que Ã©ste fue atento, que se interesÃ³ verdaderamente en nuestros proyectos, preocupÃ¡ndose por poner ciertos lÃmites y creando, asÃ, el cuadro de seguridad indispensable para nuestro desarrollo armonioso.*" Francisco Leal Q. "La paternidad hoy". PublicaciÃ³n de la Sociedad Colombiana de PediatrÃa. BogotÃ¡. 2001. PÃ¡g.92

21 Villarraga Liliana. "Presencia y pertenencia paterna". Editorial y FundaciÃ³n S-XXI. AÃ±o 2002.

22 ExposiciÃ³n de motivos al proyecto de ley 65 de 2001 CÃ¡mara, 217 de 2002 Senado. Gaceta del Congreso No. 408 de 2001.

23 En la Sentencia C- de 2003 la Corte Constitucional declarÃ³ la exequibilidad de la expresiÃ³n "*La licencia remunerada de paternidad serÃ¡ de cargo de la EPS*" del inciso 5Â° del artÃculo 1Â° de la Ley 755 de 2002, al considerar que el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad para seÃ±alar cuales son las entidades encargadas del cubrimiento de una determinada prestaciÃ³n.

24 Para la Corte Constitucional la familia que es objeto de protecciÃ³n social y Estatal es la conformada por una pareja heterosexual y monogÃ¡mica. Sent. C-814 de 2001

25 Bueno Henao Jaime. "El papel de hombre padre en la construcciÃ³n de procesos afectivos". En Editorial y FundaciÃ³n S-XXI. AÃ±o 2002.

Fecha y hora de creación: 2024-05-29 14:05:42