

La conciliación del permiso de salida del país del que está por nacer

The conciliation of the exit permit from the country from which you are about to be born

Edward Asmed Monje Ortiz¹

Robinson Díaz Ramírez

Corporación Universitaria Remington

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Programa de Derecho

Diplomado en Conciliación

2024

¹ Nombre completo de los autores y datos de filiación institucional a pie de página (semestre cursado o indicar si es egresado no graduado, nivel de formación - pregrado o especialización, programa académico y facultad a la que se adscribe el producto de investigación, nombre de la Universidad, ORCID y correo electrónico institucional)

Resumen

En la legislación colombiana no se encuentra legislado el procedimiento de conciliación sobre el permiso de salida del país del nasciturus, el objetivo de este artículo es dar a conocer el vacío jurídico en la normatividad colombiana, la cual está desconociendo los tratados internacionales ratificados por Colombia sobre la protección del nasciturus y con ello poniendo en riesgo la preservación de su integridad.

Palabras clave: Convención Americana sobre Derechos Humanos, Código Civil, Código de Infancia y Adolescencia.

Abstract

Colombian legislation does not legislate the conciliation procedure on the permission of the unborn child to leave the country. The objective of this article is to make known the legal vacuum in Colombian legislation, which is ignoring the international treaties ratified by Colombia on the protection of the unborn child and thus putting at risk the preservation of its integrity.

Key words: American Convention on Human Rights, Civil Code, Childhood and Adolescence Code.

Introducción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 4. Derecho a la vida, numeral 1. Establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (Organización de Estados Americanos [OEA], 1969, art. 4).

Tomando como punto de partida este artículo de la convención, se puede evidenciar que es necesario ampliar en nuestro ordenamiento jurídico la protección del que está por nacer, en diferentes ámbitos de la vida en evolución social, iniciando desde su desarrollo potencial prenatal, específicamente en el procedimiento jurídico y administrativo como el de permiso de salida del país. En la Ley 57 de 1857 (Código Civil colombiano), no se encuentra actualmente establecido procedimiento alguno para permisos de salidas del país para el que está por nacer.

De igual forma sucede en la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) encontramos en el artículo 110 el permiso para salida del país para niños, niñas y adolescentes sin tener en cuenta el que está por nacer, mostrando con ello la discriminación y falta de inclusión del que está por nacer en la normatividad jurídica colombiana.

Por otro lado, encontramos que en la Sentencia T-223 de 1998 la Corte Constitucional, reconoce que los derechos de los niños, niñas y adolescentes llegan hasta el momento mismo de la concepción, protegiendo al grupo de los llamados *nasciturus* y lo aceptado en la carta fundamental reserva para los niños, la cual hace parte de los tratados y convenios suscritos por Colombia, en donde consideran que el *nasciturus* tiene los mismos derechos de la especie humana, así como también encaja muy bien con lo establecido el preámbulo de la Constitución Política (1991) asegurando que el Estado tiene la obligación legal de la protección de la vida de sus integrantes. En efecto, en los artículos 43 y 44 de la Constitución Nacional se decretó la protección de la mujer embarazada garantizando a los niños el derecho a la vida y con ello el fortalecimiento de su calidad de ser humano.

Esta sentencia nos llevó a la siguiente pregunta:

¿Se debería de conciliar el permiso de salida del país del que está por nacer?

Desarrollo del artículo

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) es un tratado internacional cuyo fin primordial fue el de establecer derechos y libertades, los cuales deben ser respetados por los Estados firmantes. Colombia ratificó esta convención el 28 de mayo de 1973. Estos derechos y libertades establecidos en el convenio llamado Pacto de San José, se hicieron con el fin de que en este continente, y por ende en el territorio de cada uno de sus Estados miembros, se incluyeran en las instituciones del Estado todos los derechos y libertades que aportan a la justicia social en lo que respecta a los derechos esenciales del hombre, reiterando lo acordado en las convenciones de la declaración universal de los derechos humanos, en los aspectos sociales, culturales, políticos, civiles y económicos.

Esta convención en su artículo 4. Derecho a la vida, numeral 1. Establece que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (Organización de Estados Americanos [OEA], 1969, art. 4.1.) así que Colombia como Estado miembro debe aplicar en todo su esplendor jurídico, el respeto de la persona que está por nacer que permita preservar y proteger la vida del nasciturus.

Ambigüedad de la Ley 57 de 1857, Código Civil

El Código Civil colombiano fue creado con la finalidad de regular el comportamiento entre las personas particulares, protegiendo sus derechos sobre sus bienes, obligaciones y acciones civiles, además contiene un conjunto de normas que ayudan a las buenas relaciones entre las personas, hace parte de una línea de derecho que ayuda a regular las relaciones entre personas individuales y colectivas, teniendo en cuenta la protección desde el momento de la concepción, el nacimiento y hasta incluso después de su muerte, como lo establece los siguientes artículos:

Artículo 91. Protección al que está por nacer. La Ley protege la vida del que está por nacer. El juez en consecuencia tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará (Código Civil, 1887, art. 91).

Artículo 92. Presunción de derecho sobre la concepción. De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento (Código Civil, 1887, art. 92).

Artículo 93. Derechos diferidos al que está por nacer. Los derechos que se diferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido (Código Civil, 1887, art. 93).

El Código Civil (1887) plantea un espectro en donde abarca algunos temas sobre el que está por nacer, como la existencia legal y algunos de sus derechos. En la búsqueda de la protección especial por su vulnerabilidad estableció compromisos y obligaciones de todas las personas hacia él.

Sin embargo, debido a su ambigüedad hace que no recoja muchos de los derechos establecidos en convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Es por ello por lo que no se encuentran regulados muchos temas jurídicos y administrativos sustanciales, relacionados con el grupo de los *nasciturus*, esto obstaculiza que en las normas procesales no se apliquen procedimientos como el de la autorización del permiso de salida del país por parte de su padre, en la búsqueda de prevenir el riesgo de su integridad, bien sea en circunstancias en que este en peligro la vida del *nasciturus*, de manera directa o por conexidad cuando no se tiene en cuenta otros derechos que también ponen en riesgo el derecho humano y fundamental de la vida, del mismo, como la salud, vivienda digna y alimentación entre otros, tal como lo establece la convención americana sobre derechos humanos, además en la ley 1098 de 2006 manifiesta la obligación parental que tienen sus padres por su relación filial, generando el deber de crianza, cuidado personal, educación y guía, lo cual se convierte en derechos para el que está por nacer.

Por tal motivo, se hace necesario modificar o legislar para que verdaderamente se busque proteger los derechos humanos de manera integral de los más vulnerables, especialmente de los *nasciturus*.

Alcance de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia

La Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) tiene como finalidad:

Garantizar a los niños, niñas y a adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna (Código de Infancia y Adolescencia, 2006).

Siendo así el objeto de esta ley, se encargará de establecer la normatividad sustancial y procesal que permita cumplir con la finalidad de la misma; sin embargo, muestra un gran vacío ya que desconoce los derechos de los que están por nacer, teniendo en cuenta que su alcance no llegó

hasta la protección de los derechos fundamentales del ser humano en su proceso de evolución, como el *nasciturus*, sin tener en cuenta lo ratificado por Colombia en la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en donde se estableció que la protección del derecho a la vida de la persona se debe garantizar desde el momento mismo de la concepción.

Se observa que en el articulado de la Ley 1098 de 2006 no incorporó dicha protección en diferentes procesos jurídicos y administrativos en donde se involucra a la persona que está por nacer, especialmente en el procedimiento de permiso de salida del país, el cual se encuentra estipulado en su artículo 110, indicando el procedimiento de permiso de salida del país para niños, niñas y adolescentes, siendo excluyente con los *nasciturus*, como se observa en su parágrafo 1 que a la letra dice:

Quando un niño, una niña o un adolescente vaya a salir del país con uno de los padres o con una persona distinta a los representantes legales deberá obtener previamente el permiso de aquel con quien no viajare o el de aquellos, debidamente autenticado ante notario o autoridad consular. Dicho permiso deberá contener el lugar de destino, el propósito del viaje y la fecha de salida e ingreso de nuevo al país. No se requerirá autorización de los padres a quienes se les haya suspendido o privado de la patria potestad (Código de Infancia y Adolescencia, 2006, art. 108).

Paradójicamente notamos como el legislador sí protegió el derecho del que está por nacer en circunstancias como la fijación de alimentos por medio de la madre que se encuentra en estado de gravidez, el cual se encuentra establecido en el artículo 111, numeral 1 de esta ley (Código de Infancia y Adolescencia, 2006).

Esto muestra la falta de integralidad de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), en cuanto a la protección del derecho del *nasciturus*, específicamente en el procedimiento de permiso de salida del país, por parte del padre en diferentes situaciones donde

la madre en estado de gravidez no prevé que los derechos del *nasciturus* prevalecen sobre los derechos de los demás.

Contrario sensu, es lo que está generando la falta de estar normativizado dicho permiso dando alcance al *nasciturus* en esta ley, la cual no ha permitido cumplir con la finalidad y el objeto de esta en su plenitud, poniendo en riesgo los derechos del *nasciturus* como: derecho a la vida, el derecho a tener una identidad, a que conserve su pleno y armonioso desarrollo, a que crezcan en el seno de una familia, a que pueda conocer y compartir con sus padres biológicos y muchos más, dependiendo cada caso en particular, ya que en diferentes situaciones se puede estar presentando la violación de derechos fundamentales del que está por nacer, privilegiando la decisión de los padres olvidando la protección especial y la premisa permanente donde se establece que los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás, dando alcance a los derechos fundamentales del *nasciturus* (Galvis, 2019).

Protección de los derechos del *nasciturus* según Sentencia T-223 del 18 de mayo de 1998 de la Corte constitucional

Realizando un análisis a la Sentencia T-223 de 1998 de la Corte Constitucional, nos podemos dar cuenta de la amplia protección que por medio de la jurisprudencia se le brinda al *nasciturus*, como lo observamos en el contenido de la sentencia, así:

El grupo, los llamados *nasciturus*, se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños. La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del estado social de derecho, ha reconocido que el *nasciturus* es sujeto de derechos en cuanto es un individuo de la especie humana (Corte Constitucional, Sentencia T-223, 1998, párr. 2).

Vemos cómo en este pronunciamiento la Corte reconoce que la tradición jurídica sobre el *nasciturus* y que encaja muy bien con el espíritu de constitución y los principios del Estado Social de Derecho.

Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia T-223, 1998, párr. 2).

La corte manifiesta claramente que la intención de lo expresado en los artículos 43 y 44 de la constitución política de 1991, además de lo ratificado por medio de los diferentes convenios internacionales, especialmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en su artículo 4. Derecho a la vida, numeral 1. Establece donde manifiesta que la protección del derecho a la vida empieza del momento mismo de la concepción. Precisamente es el sentir de los artículos 43 y 44 superiores, marcando el inicio de la protección de derechos fundamentales dando alcance al *nasciturus*.

“La Constitución busca preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc.” (Corte Constitucional, Sentencia T-223, 1998, párr. 2). “Los derechos fundamentales pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado” (Corte Constitucional, Sentencia T-223, 1998, párr. 3).

La Corte Constitucional en este concepto busca reconocerle de manera integral permitiéndole el goce de la protección de los derechos consagrados en la constitución, la ley y los convenios internacionales ratificados por Colombia, al que está por nacer a partir del momento mismo de su concepción.

Conclusiones

En ninguna ley de Colombia se encuentra reglamentada la conciliación para la autorización por parte del padre del nasciturus que va a salir del país.

Este vacío jurídico de la ley está conllevando a la vulneración de los principios de la constitución y de los convenios ratificados por Colombia, cuyo fin teleológico es buscar la protección de todos sus integrantes, al no establecer una norma en donde los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

La Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) se quedó corta en el sentido de que no dispuso en su articulado la intención de prevenir el riesgo que puede correr el que está por nacer, al no tener en cuenta la conciliación de la autorización de salida del país por parte del padre, que busca prevenir y proteger el bienestar integral del que esta por nacer.

La Sentencia T-223 de 1998 de la Corte Constitucional, dio un gran impulso al cumplimiento de los derechos del que está por nacer, en muchos aspectos en donde aclara y otorga la tradición jurídica y la relación que tiene con los principios del estado social de derecho, el espíritu, el sentir y el alcance de cada uno de los artículos de la constitución, que buscan la protección del que esta por nacer y el reconocimiento del deber y la responsabilidad del estado de hacer cumplir los derechos fundamentales, frente a este tipo de personas en su desarrollo potencial, todo esto enmarcado en lo consagrado en la constitución y los convenios internacionales ratificados por Colombia.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, se acordó la necesidad de garantizar el derecho a la vida de la persona, la cual empieza en el momento mismo de su concepción, siendo así uno de los reconocimientos mas grandes en la búsqueda de la protección de los derechos del *nasciturus* sin embargo la ley colombiana no ha estado a la altura de lo pactado en la convención, dejando desprotegido al que esta por nacer, por medio de algunos vacíos jurídicos de acuerdo a lo consignado en sus diferentes leyes.

Se sugiere al legislador que incorpore en la ley colombiana todos los vacíos jurídicos que estén vulnerando los derechos fundamentales del nasciturus, especialmente el procedimiento de conciliación de la autorización de salida del país al que esta por nacer, por parte de sus padres.

Referencias

Congreso de Colombia. (26 de mayo de 1873). Código Civil. [Ley 57 de 1887].
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=39535>

Congreso de Colombia. (8 de noviembre de 2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006].
https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia.pdf

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (18 de mayo de 1998). Sentencia T-223. [MP. Vladimiro Naranjo Mesa]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-223-98.htm>

Galvis, M.X. (2019). Límites y alcances jurídicos sobre los derechos del nasciturus. Revista Prolegómenos, 22(43), 93-107. <https://doi.org/10.18359/prole.3188>

Organización de Estados Americanos [OEA]. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm