

Gaspar Emilio Hernández
Caamaño**

El amor, derecho social fundamental: la tutela por el amor*

The love, social fundamental right:
the guardianship for the love

Recibido: 10 de febrero / Aceptado: 1 de mayo de 2011

Palabras clave:

Amor, Amar, Niñez, Derecho,
Constitución Política, Libertad,
Libertades, Acción de tutela,
Derecho de los niños,
Derechos sociales.

Resumen

No se ha dado en Colombia una Acción Constitucional de Tutela que intente defender de manera directa el Derecho al amor como derecho social fundamental y prevalece de la niñez colombiana, por ello se plantea una investigación pedagógica del amor como Derecho Humano esencial que permita, no sólo su disfrute múltiple, sino su garantía cuando resulte amenazado o violentado a sujetos, no sólo niños, sino de todas las edades para alcanzar una sociedad donde se pueda aprender a amar, una sociedad de seres libres e iguales. Es una lectura hedonista y filosófica de un artículo de nuestra Carta Política, muy ligada a la vida en general y a la vida educativa y social en particular, teniendo el aula como epicentro del aprendizaje del amor.

Key words:

Love, Children, Law, Constitution,
Freedom, Freedoms, Claim of a Right
“tutela”, Children’s rights,
Social rights.

Abstract

In Colombia, a constitutional action of Legal claim of a right “tutela” which attempts to defend the right to love as a fundamental and prevailing social right of Colombian children, has not given yet; therefore, it is suggested a pedagogical research of love as an essential human right which not only allows children and people of all ages its great enjoyment, but also its guarantee when it is threatened or transgressed. This research of love aims to reach a society where people can learn to love each other; a society of free and equal beings. This article is a hedonistic and philosophical reading taken from our political letter, which is about life in general, educational and social life in particular, taking the classroom as epicenter of love learning.

* Este artículo de reflexión se deriva de la investigación doctoral sobre Educación y Derecho: El proyecto doctoral se titula: “El concepto amor como derecho y como deber, para niños, niñas y adolescentes, en el sistema jurídico-educativo de Colombia”, en el doctorado adelantado en la Universidad del Atlántico en convenio con RUDE Colombia. De igual forma, este proyecto está vinculado al Grupo de Investigación D.I.A., Derecho, Infancia y Adolescencia de la Universidad Libre de Barranquilla.

** Candidato a Doctor en Ciencias de la Educación Uniatlántico- RUDE Colombia, Abogado Especializado en Derecho Administrativo; Magister en Educación y Filosofía Política; Docente e Investigador; Cargo actual: Asesor de Rectoría, Universidad del Atlántico. gasparhernandezcaamano@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

En Colombia no existe una justicia para niños, sino una justicia de adultos aplicada a los niños, niñas y adolescentes, no solo cuando son víctimas o victimarios en delitos, sino cuando son afectados por los conflictos familiares y sociales, como divorcio, inasistencia alimentaria y las guerras que históricamente corrompen la vida colombiana.

Por ellos esta reflexión, a partir del análisis de una decisión judicial cuando unos niños hermanos pedían amor a sus padres, petición que los apoderados judiciales no entendieron porque fallaron como adultos y contra adultos, nos abre las puertas para, desde la academia, abogar por una justicia para niños, en aras de que sean, desde siempre seres felices y que el derecho se lo garantice.

RESULTADO DE INVESTIGACIÓN

1. El Amor como derecho

1.1 El derecho, un derecho

Una de las pretensiones de esta investigación es llegar a la definición de Derecho o del Derecho como sistema de convivencia social, en este sentido, el autor acoge la expresada por el filósofo prusiano Immanuel Kant en su obra *Metafísica de las costumbres* (citado por García, 1999). “Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el ámbito de uno puede ser compatible con el ámbito de otro, según una ley general de libertad” (p. 83).

Ese es el Derecho como sistema de reglas imponibles, pero también allí, en esa definición, se plantea lo que es un Derecho como posibili-

dad individual, particular o subjetiva al hablar de la Libertad como el Derecho que da origen al hombre como ser humano. Entonces, un derecho es la libertad de hacer, de no hacer, de exigir, de gozar o simplemente de abandonar por el no deseo de un disfrute o por ignorancia o por no tener la posibilidad de ser libre como persona.

1.2 La generación de derechos

Es Kant el padre filosófico de la Revolución Francesa, acontecimiento histórico del que brota la sociedad moderna: la Sociedad de Derechos, de Derechos Humanos.

El 26 de agosto de 1789, al ser proclamada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se da reconocimiento histórico a la primera generación de Derechos Humanos, los pertenecientes al hombre como persona, como sujeto, como ser de Derecho, derecho a ser libre, como igual ante los demás. Esa Declaración propende por la eliminación total de los privilegios y la igualdad de todos los hombres, franceses en ese momento.

Luego de dos guerras mundiales, se consagran otros Derechos, los llamados de la segunda y tercera generación, como son los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, y los Derechos Colectivos.

Estas generaciones históricas de Derechos están reflejadas en la estructura de la vigente Constitución Política de Colombia, la nacida del proceso llamado “Séptima Papeleta”, generado por la juventud colombiana en 1990, Constitución aún adolescente, de la cual apenas se están celebrando sus 17 años de expedición desde junio de 1991.

1.3 Los derechos en la Constitución colombiana

La Carta Política contiene una Carta de Derechos Humanos de acuerdo a su generación. Es así como el Capítulo Primero del Título II destaca los Derechos Fundamentales; el Segundo los Derechos Sociales, Económicos y Culturales; y el Capítulo Tercero, los Derechos Colectivos y del Ambiente.

Esta Carta de Derechos también contiene en su Capítulo Cuarto la manera de protegerlos, garantizarlos y darle aplicación efectiva.

Entre los Derechos Fundamentales destacó el designado en el Artículo 27 de la Constitución, norma que garantiza las libertades de enseñanza, aprendizaje, investigación y cátedra. Y entre los mecanismos de protección y garantía de los Derechos Fundamentales surge imparable la Acción de Tutela.

1.4 El amor como derecho social-fundamental de todos los niños

El Artículo 44 de la Constitución Política colombiana hace parte en su arquitectura interna del Capítulo Segundo del Título II, dedicado a los llamados Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Esta norma constitucional preceptúa:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda

forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia” (República de Colombia, 1991).

Entonces, el amor es un derecho fundamental de los niños, se reitera, todos los niños, intentando borrar límites de edad o condición biológico-mental. Pero también es un Derecho Social en razón a estar incluido en el catálogo de Derechos que trae el Capítulo Segundo de la Carta entre los que también se destaca el Derecho a la Educación como un derecho de la persona humana, es decir, como una posibilidad personal.

En Colombia, por mandato contundente del Artículo 44 constitucional, la escala de respeto a los Derechos Humanos no parte de su clasificación como fundamentales, sino de la calidad de los sujetos portadores de esos derechos. Entre los colombianos, esos sujetos jurídicos son los niños, porque sus derechos “prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Esta afirmación constitucional aún es un sueño entre los colombianos, pero sueño que se debe realizar con el esfuerzo educativo en que están comprometidos todos aquellos quienes han tenido el privilegio de estudiar, compromiso al que no se puede renunciar.

1.4.1 El amor, derecho fundamental

¿Qué es un Derecho Fundamental?

Es necesario definir qué es un Derecho Fun-

damental, pues hay tantos derechos que pueden confundir su realización, mas los llamados Derechos Fundamentales no tienen un universo indeterminado, sino que son específicos, precisos, concretos. Son Fundamentales aquellos derechos sin los cuales los seres humanos no podrían alcanzar la felicidad que toda la sociedad anhela. Es decir, son los que inexorablemente necesita el hombre para vivir dignamente, como la vida... de calidad, como la libertad... sin restricciones, como la propiedad... sin egoísmo. Y entre esos derechos fundamentales está el amor... a todos los niños.

Hay que resaltar que no es invención alguna del autor ese derecho, sino que de manera precisa el Artículo 44 de la actual Constitución Política así lo establece. Al redactar ese artículo de la Carta, los Constituyentes de 1991 expresaron:

“En este artículo se distinguen los derechos esenciales del niño que garantizan a este su desarrollo armónico e integral como ser humano. Estos derechos no solo están relacionados con la vida, la integridad física, el nombre y la nacionalidad, sino que también hacen del niño sujeto de derecho, en la medida en que por medio de la familia, la sociedad y el Estado le aseguran la salud, la educación y la cultura. De este modo se le proporcionan las condiciones físicas y mentales adecuadas para adquirir el conocimiento requerido para comprender su vida y la de los demás, despertar creatividad y la percepción, entender y respetar la diversidad y universalidad del mundo; hallar dicha

verdad y crecer en experiencia; recibir el amor de la familia para prodigarlo en la vida adulta; desarrollar sus aptitudes de acuerdo con sus capacidades, expresar sus opiniones libremente, porque al hacerlo, sus ideas proporcionarán el diálogo que lo llevará a compartir con otros sus vivencias y a recibir respuestas que alimentan su curiosidad o ensanche su visión del cosmos; y le enseñen a no temer para poder enfrentar con madurez los retos que le ofrezca la vida...” (República de Colombia, 1991).

¿Qué diferencia existe entre algo esencial y algo fundamental?

Ninguna. Por ello se puntualiza que Derecho Fundamental es un derecho esencial en la construcción de la vida de una persona, como ser humano. De allí que se pretende llamar la atención sobre el Amor como Derecho Fundamental, llamado que no excluye a ninguna persona o institución; pues todos los colombianos están obligados a entregar amor a todos los niños, para que estos alcancen una formación suficientemente humana que les permita ser personas felices.

¿Qué es un niño?

Otra vez es necesario presentar una definición, aunque alguien piense que la definición no dice nada, pero una norma jurídica universal expresa qué es un niño para que padres, educadores y funcionarios del Estado tengan claros los límites hasta donde llega, en la vida de un ser humano, la condición de niñez. El Artículo primero de la Convención Internacional de los Derechos de los Niños señala: “para los efectos

de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (UNICEF, 1989).

Esta norma indica a nivel universal que todas las personas son niños hasta cuando comienzan a ser adultos y que la adolescencia, desde el punto de vista legal es una condición de niñez. Es decir, todo humano tiene dos etapas en su vida, la niñez y la adultez, pero muchos quisieran mantener la primera.

2. La tutela por el amor

Bajo la creencia que la niñez no comporta edad, recientemente el autor tuvo la oportunidad de leer en una columna de la revista de la Universidad de Antioquia (Colombia), un aviso que invita a la exhibición de una película, a niños y niñas de 1 a 100 años. Entonces, es muy difícil determinar, cuándo las personas dejan de ser niños y cuánto tiempo de la vida se puede considerar niñez.

En ese horizonte, el autor considera, al igual que el maestro italiano Francisco Carnelutti, que amar es querer bien, querer bien al amado. Señala Carnelutti: “así el bien del uno y del otro es el bien de la misma persona” (2006, p. 21). Aquí Carnelutti recuerda a Kant, quien enseñó que “el ámbito de uno puede ser compatible con el ámbito de otro” (citado en García, 1999, p. 85).

Entonces, amor es respeto, querer bien, respetar al otro en su libertad, eso es entonces el derecho al amor.

Por ello no resulta absurdo que en un país

violento, como el que se estudia a diario en las universidades y como el que se vive en las calles, para no decir en los hogares de los colombianos, se pueda plantear la idea libre de aprender a amar, de enseñar a amar, de investigar y pensar el amor como derecho de la persona a su libertad y soñar con una cátedra de amor, no solo como hermenéutica o didáctica de la reproducción sexual humana, sino como afirmación de la vida, de calidad de vida.

Y en ese sentido, un poco sonámbulo todavía, pensar que padres, maestros y ciudadanos puedan utilizar esa hermosa herramienta constitucional que es la acción de tutela para exigir a los jueces la garantía al amor cuando ese derecho fundamental y social esté amenazado o vulnerado tanto en la persona de un niño, de una niña, de un adulto, ya sea como personas o como colectividad.

Hay aquí un reto que desde la teoría, la sociedad debe enfrentar para que en la práctica, no solo judicial, sino social el amor comience a respetarse como derecho, es decir, como libertad y no como obligación natural o compromiso social.

Y esta idea, o mejor sueño de un sonámbulo del amor, el autor la ha alimentado con esta otra enseñanza del célebre maestro Carnelutti, quien en sus *Meditaciones sobre el derecho*, enseña que: “mientras los hombres no sepan amar necesitamos juez y gendarme para tenerlos unidos. Es decir, mientras los hombres no sepan amar hay que obligarlos” (2006, p. 21).

CONCLUSIONES

Por la ausencia de una definición legal del

derecho al amor, como derecho al amor, como derecho fundamental de los niños, los jueces colombianos, como en el caso estudiado, siguen acudiendo a la Biblia para explicar y aplicar un derecho constitucional que debe ser entendido por fuera de la norma o más allá de la norma.

Amor es un derecho humano que debe entender más allá de la ley y los jueces, de niños y para niños deberán garantizarlo en cada actuación judicial donde niños aparezcan como actores, pasivos o activos; para que Colombia comience a caminar sobre la paz social.

La justicia del Derecho de Familia debe incluir al amor como una prioridad. Justicia para niños es lo que proclamamos.

REFERENCIAS

- Carnelutti, F. (2006). *Arte del Derecho*. Buenos Aires: Ara Editores.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF– (1989). *Convención Internacional de los Derechos de los Niños*. New York, USA: Autor.
- García, E. (1999). *La lengua de los derechos*. Madrid: Alianza Editorial.
- República de Colombia (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C.: Diario Oficial.