

Sentencia C-026/16

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Exequibilidad de la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil” bajo el entendido que personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares/CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Visita de niños, niñas y adolescentes a personas privadas de la libertad por delitos contra menor de edad, debe ser autorizada por Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad previa valoración

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Exhortar al Gobierno Nacional para expedir reglamentación que incluya visitas a personas privadas de la libertad de niños, niñas o adolescentes que sean familiares

NORMA SOBRE VISITAS A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES QUE SEAN FAMILIARES EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Contenido y alcance

DERECHO A INTERPONER ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD MEDIANTE SENTENCIA JUDICIAL EJECUTORIADA-Cambio de jurisprudencia

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECION ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO-Alcance

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECION ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO-Vínculo jurídico administrativo

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD-Condición de indefensión y vulnerabilidad

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECION ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO-Obligaciones legales y reglamentarias del Estado

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECION ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO-Elementos característicos

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Clasificación en

tres grupos: derechos suspendidos, derechos intocables y derechos restringidos o limitados

INTERNOS-Estado debe garantizar ejercicio pleno de derechos no suspendidos y parcial de los limitados

PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Limitación debe ser mínima

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS-Relación de especial sujeción entre el estado y personas privadas de libertad

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Tratamiento penitenciario/RESOCIALIZACION DEL DELINCUENTE-Finalidad del tratamiento penitenciario/REINSERCIÓN PARA LA VIDA EN LIBERTAD-Objetivo del tratamiento penitenciario

FACULTAD DEL ESTADO PARA MODULAR Y LIMITAR DERECHOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Límites/FACULTAD DEL ESTADO PARA MODULAR Y LIMITAR DERECHOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Principios de razonabilidad y proporcionalidad

INSTITUCION FAMILIAR-Reconocimiento constitucional

FAMILIA-Importancia

INSTITUCION FAMILIAR-Concepción en el derecho internacional

FAMILIA-Protección constitucional especial

FAMILIA-No existe concepto único y excluyente/FAMILIA-No puede restringirse exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos

CONCEPTO DE FAMILIA-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Alcance de la garantía

UNIDAD E INTEGRIDAD FAMILIAR-Hace parte del ámbito de protección constitucional de la institución familiar

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Protección

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Hace parte del grupo de derechos que se restringen legítimamente como consecuencia del vínculo de sujeción entre internos y Estado/AISLAMIENTO PENITENCIARIO OBLIGADO-Genera la pérdida de la libertad personal

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Limitado para personas privadas de la libertad

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Restricciones deben ser adoptadas y ejercidas con criterios de razonabilidad y proporcionalidad

PROCESO DE RESOCIALIZACION DEL INTERNO-Importancia de la participación de la familia/PROCESO DE RECLUSION-Necesidad de evitar la desarticulación de la institución familiar/IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACION DE LA FAMILIA EN PROCESO DE RESOCIALIZACION DEL INTERNO Y NECESIDAD DE EVITAR LA DESARTICULACION DE LA INSTITUCION FAMILIAR DURANTE PROCESO DE RECLUSION-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Connotación especial cuando núcleo familiar está integrado por menores de edad

DERECHO A LA PROTECCION DE LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Particularmente relevante en el caso de los niños

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Estado debe garantizar contacto permanente con grupo familiar integrado por menores de edad/PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Estado debe garantizar contacto permanente con grupo familiar integrado por menores de edad/UNIDAD FAMILIAR-Preservación y desarrollo armónico e integral de los niños

DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-No pueden afectar núcleo esencial aun cuando sea objeto de restricciones legítimas

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO EN MATERIA DE VISITA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Antecedentes

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Reglamentación de visitas de menores de edad a cárceles y centros de reclusión

REGLAMENTO PARA ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS-Parámetros específicos en materia de visitas de menores de edad

VISITA DE MENORES DE EDAD A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Falta de uniformidad reglamentaria y ausencia de política clara para garantizar la unidad familiar

SISTEMA PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Causas asociadas a la crisis estructural

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO EN MATERIA DE VISITA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Trámite legislativo

REGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE EDAD A CARCELES Y CENTROS DE RECLUSION-Medidas para garantizar la seguridad de menores de edad

REGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE EDAD A CARCELES Y CENTROS DE RECLUSION-Adoptando medidas por el Legislador

INGRESO DE MENORES DE EDAD A CENTROS CARCELARIOS-Amplio margen de configuración normativa en materia de política criminal penitenciaria y carcelaria/INGRESO DE MENORES DE EDAD A CENTROS CARCELARIOS-Limite a quienes se encuentren en “el primer grado de consanguinidad o primero civil” con el recluso

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO EN MATERIA DE VISITA DE MENORES DE EDAD A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Hijos biológicos o adoptivos de reclusos se encuentran legalmente habilitados para ingresar a cárceles y centros de reclusión

REGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE EDAD A CARCELES Y CENTROS DE RECLUSION-Prohibición afecta desarrollo afectivo e integral de menores de edad y desmejora proceso de resocialización de personas privadas de la libertad

LIMITE AL INGRESO DE MENORES DE EDAD EN EL PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Medida no supera examen de proporcionalidad

LIMITE AL INGRESO DE MENORES DE EDAD EN EL PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O

PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Trato diferente entre familiares de los reclusos

LIMITE AL INGRESO DE MENORES DE EDAD EN EL PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Alcance altamente restrictivo

MENORES DE EDAD-Sujetos de especial protección

INGRESO DE MENORES DE EDAD EN EL PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Adopción de medidas para garantizar la seguridad e integridad de los niños, niñas y adolescentes/VISITA DE MENORES DE EDAD A CARCELES Y CENTROS DE RECLUSION-Debe llevarse a cabo conforme a ciertas reglas

VISITA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD POR DELITOS CONTRA MENOR DE EDAD-Consideración especial en relación con la naturaleza del delito

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Valoración sobre ingreso de niños, niñas y adolescentes a establecimientos carcelarios para evitar posible revictimización y prevenir afectación de derechos y garantías fundamentales

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Adopción de medidas especiales en favor de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos

SENTENCIAS INTEGRADORAS-Modalidad de la sentencia aditiva

SENTENCIAS INTEGRADORAS EN LA MODALIDAD ADITIVA-Alcance

Referencia:

Expedientes D-10875

Asunto:

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 112 A (parcial) de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario” adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la ley 65 de 1993, de la ley 599 de 2000, de la ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”

Demandante:

Rosendo Espitia Muñoz

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., tres (3) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Rosendo Espitia Muñoz, quien se encuentra actualmente privado de la libertad en el establecimiento penitenciario y carcelario de Girardot (Cundinamarca), presentó demanda de inconstitucionalidad contra la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”

Mediante Auto de diez (10) de julio de dos mil quince (2015), el Magistrado Sustanciador resolvió admitir la demanda, dispuso su fijación en lista a efectos de permitir la intervención ciudadana y, simultáneamente, corrió traslado al señor Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de su competencia. En la misma providencia se ordenó, además, comunicar la demanda al Congreso de la República, a los Ministerios del Interior y de Justicia, a la Fiscalía General de la Nación, al Instituto Nacional Penitenciario y carcelario (INPEC), al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), al Director de la academia Colombiana de Jurisprudencia y a los Decanos de las Facultades de Derecho de las

Universidades Javeriana, Rosario, Libre, Nacional y Atlántico, para que, si lo estimaban conveniente, intervinieran en el proceso a fin de impugnar o defender la constitucionalidad de la disposición acusada.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución Política y en el Decreto 2067 de 1991, la Corte Constitucional procede a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 112 A de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, conforme a su publicación en el Diario Oficial No 49.039 de 20 de enero de 2014, destacando en negrilla y con subraya los apartes del mismo que se acusan en la demanda:

“LEY 1709 de 2014”

(enero 20)

Diario oficial No. 49.039 de 20 de enero de 2014

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

“Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 112 A VISITA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (Artículo adicionado por el artículo 74 de la Ley 1704 de 2014, el nuevo texto es el siguiente:) Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de

estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

Los menores de 18 años deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable.

Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

De acuerdo con la demanda, la expresión objeto de censura constitucional contraviene lo dispuesto en los artículos 11, 12 13, 44, 93 y 94 de la Constitución Política, así como también los artículos 5-2 del Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5-2, 10-3, 23-1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 4, 5-2, 17-1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2. Fundamentos de la demanda

El accionante considera que la norma acusada, al prever que las personas privadas de la libertad solo pueden recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el “primer grado de consanguinidad o primero civil”, afecta sus derechos fundamentales a una vida digna, a la igualdad y a tener una familia, en cuanto reduce el margen de visitas en ese orden a los hijos naturales y adoptivos, excluyendo toda posibilidad de que los reclusos puedan ser visitados por familiares menores de edad que no se encuentren dentro de ese grado de consanguinidad, como ocurre con los nietos, sobrinos e hijos de crianza.

El accionante procede a examinar de manera detallada cómo la expresión demandada afecta cada uno de los derechos en mención:

2.1 Respecto a la presunta vulneración del derecho a la dignidad humana, indica que las personas privadas de la libertad se encuentran en un estado de debilidad manifiesta y que de acuerdo con lo anterior, el Estado debe garantizar y proveer de mecanismos especiales para proteger la materialización de sus derechos; sin embargo, restricciones como las expresadas en la norma, potencializan el aislamiento indigno de la persona y así mismo, entorpece el proceso de resocialización como función de la pena si el condenado o procesado no mantiene una relación constante con sus familiares, que en líneas de segundo y hasta cuarto grado de consanguinidad podrían ser sus nietos o sus sobrinos. Debido a lo anterior, es razonable que las personas que se encuentran en centros de reclusión pretendan mantener el vínculo con sus nietos y sobrinos, esperando que una vez levantada la medida de aseguramiento puedan retornar a convivir con ellos

2.2 Frente al derecho a la unidad familiar, considera que el mismo se viola en cuanto la familia no puede entenderse constituida únicamente por aquellas personas que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad y primero de afinidad; sino que se debe tener en cuenta la existencia de un vínculo cercano entre personas que se encuentran en líneas ascendente y descendente incluso hasta el cuarto grado de consanguinidad. Según el accionante, este vínculo no puede ser interrumpido por una medida intramural, pues afectaría tajantemente el derecho a la unidad familiar, no sólo de quien se encuentra en centro de reclusión sino también del niño, niña o adolescente familiar de este.

Así mismo, argumenta que la discriminación presentada en la norma no observa justificación alguna, pues esta proporciona las medidas necesarias para el ingreso de menores de edad al centro carcelario y no se explica por qué aquellas medidas solo pueden ser empleadas en el niño, niña o adolescente dentro del primer grado de consanguinidad o primero civil y no para los demás menores de edad familiares que pretendan mantener su vinculación familiar con la persona privada de la libertad.

2.4. En relación con lo anterior, precisa que la expresión demandada no solo quebranta la dignidad humana, la unidad familiar y la igualdad del reo, sino también del niño, niña o adolescente que por disposición legal se encuentra impedido para relacionarse con sus familiares sobre los que pese una medida penal de privación de libertad.

2.5. Por último, considera que la norma acusada no se corresponde con las obligaciones

internacionales adquiridas por el Estado Colombiano en materia de derechos humanos. Al respecto, precisa que la misma contiene una restricción que afecta directamente la dignidad de las personas que se encuentran privadas de la libertad en centro de reclusión, al ser aisladas indiscriminadamente de familiares menores de edad con quienes se tiene un vínculo afectivo estrecho sin estar dentro del primer grado de consanguinidad o primero civil, generando un menoscabo de los derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales como son el de la dignidad de los reclusos y la protección de la familia.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio de Justicia y del Derecho

Mediante escrito allegado a esta Corporación el 3 de agosto de 2015, el representante del Ministerio de Justicia y del Derecho interviene en el trámite de la presente acción, con el fin de solicitarle a la Corte que declare inexecutable la expresión “en el primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993.

Para tal efecto, reconoce estar de acuerdo con los argumentos de la demanda, pues sostiene que la restricción señalada en la norma contempla medidas discriminatorias y limitantes de derechos fundamentales no solo para las personas privadas de la libertad, sino que también afecta principalmente a aquellos menores que tienen un vínculo afectivo estrecho con el familiar recluso en centro penitenciario, que al no ser parientes en primer grado de afinidad o primero civil, les restringe su derecho a las visitas.

Estructuró su argumentación partiendo de los antecedentes jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha tenido en la evaluación de la norma acusada, continúa su intervención con la garantía de los derechos a la protección de la unidad familiar a través de los instrumentos de derecho internacional y de la misma carta política y finalmente termina su intervención analizando la relación entre el fin de la resocialización de las personas privadas de la libertad y la unidad familiar.

1.1 Respecto del primer argumento, realiza un análisis de los pronunciamientos que esta corporación ha hecho sobre la norma acusada. De esta forma, el interviniente menciona sentencias como la T-111 de 2015 para poner de presente la importancia de las finalidades

del sistema penitenciario.

Teniendo en cuenta lo explicado en la sentencia antes mencionada, el interviniente resalta la importancia de la vinculación familiar en el proceso de reinserción social del condenado, dado que a partir de la permanente relación de este con sus familiares, se logra que una vez cumplida la pena, el ciudadano pueda retornar a ésta e iniciar su vinculación con la sociedad.

1.2 En segunda medida, se refiere al derecho a la protección de la unidad familiar de los niños, niñas y adolescentes, basando sus argumentos en herramientas internacionales de protección a los menores como son la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración de los derechos del Niño (1959), el Pacto de Derechos civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Así entonces, señaló que la expresión acusada efectivamente desconoce las obligaciones y los mecanismos que debe crear un Estado para garantizar el derecho que tienen los infantes, incluidos el derecho a un nombre, a preservar su identidad y a mantener sus relaciones familiares, pues la restricción normativa de no permitir que nietos o sobrinos menores de edad puedan mantener contacto permanente con sus familiares afectaría gravemente con su desarrollo afectivo y su participación en la sociedad.

Las normas del Estado colombiano no pueden restringir los derechos reconocidos en los tratados internacionales y más cuando se está hablando de los menores de edad, pues estos resultan ser sujetos de especial protección constitucional y de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación estos hacen parte de una población en situación de fragilidad. [1]

1.3 Posteriormente se refiere a la relación existente entre el derecho a la unidad familiar y la resocialización de la persona privada de la libertad, sustentando su posición en sentencia de la Corte Constitucional en donde señalan 3 categorías de derechos fundamentales que le asisten a los internos, como son aquellos que son intocables, es decir que por la razón de encontrarse privado de la libertad, no pueden ser afectados por derivar de la dignidad de la persona, otro grupo de derechos, son aquellos que fueron suspendidos como consecuencia de la lógica misma de la privación de la libertad y por último los derechos que son restringidos o limitados, como son la intimidad personal, la de reunión y asociación y el derecho a la familia entre otros.[3]

Por último, recalca la importancia de las visitas familiares a las personas que se encuentran en centros de reclusión basándose en el informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas elaborado por la Comisión Americana de Derechos Humanos, el cuál menciona el importante papel que desempeñan los familiares del interno en establecimiento carcelario en su proceso de reinserción social y concluye que la no participación de estos podría ser un factor influyente para que los internos incluso lleguen al suicidio, como una salida dramática de su condición de aislamiento.

2. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

El instituto Colombiano de Bienestar Familiar, realiza su intervención a través de la Jefe de la oficina Asesora Jurídica solicitando a la Corte, se declare la constitucionalidad condicionada de la norma, considerando que la misma tiene por objeto la protección de los derechos de los menores de edad que realizan visitas en centros de reclusión; sin embargo, para la interviniente es necesario interpretar la norma “en el entendido que también podrán visitarlos aquellos menores de edad que demuestren un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, para lo cual se requiere una reglamentación por parte de la Dirección Nacional del Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC)” (Folio 57)

Estructura su intervención partiendo de un estudio sobre el concepto de familia desde el aspecto constitucional, teniendo en cuenta los pronunciamientos jurisprudenciales de esta corporación en esa materia y en la íntima relación que se tiene con el estado de especial protección constitucional de los niños niña y adolescente.

Para la interviniente, es necesario reconocer que la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia, ha venido ampliando el concepto de familia, considerándolo no solo a los aspectos biológicos, sino también ha reconocido que se le debe dar prevalencia a las relaciones de crianza que aparecen cuando un menor ha estado permanentemente vinculado a una familia distinta de la biológica durante un periodo de tiempo suficiente para crear una relación de afecto entre este y los demás integrantes del grupo familiar.[4]

Pone de presente que la estructura de la familia no tiene que ser ceñida a los acuerdos religiosos o legales que tomen dos personas, por el contrario, la interviniente estima que se debe partir de la variación del concepto de familia como un sistema de relaciones que se han transformado a lo largo de la historia de la humanidad y que de acuerdo a las nuevas

dinámicas sociales, se han realizado variaciones en su composición, por lo anterior, merecen de igual protección constitucional las que se han constituido de manera tradicional y las que se han formado por el estrecho vínculo de personas que han llegado a construir una relación afectiva, de solidaridad, auxilio mutuo y de convivencia permanente.

Considera la representante del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que la finalidad de la norma acusada es el de establecer los mecanismos necesarios para garantizar la protección de la integridad personal del menor que realiza las visitas de su familiar al interior del centro penitenciario y carcelario, por lo anterior, su carácter restrictivo no contempla un fundamento discriminatorio sino el de limitar el ingreso de menores de edad, por la misma situación de riesgo en la que estarían inmerso al permanecer en el establecimiento y porque el entorno de estos lugares no es apropiado para el bienestar del menor. Es por ello que se debe autorizar el ingreso solo de aquellos que realmente tengan un vínculo afectivo importante con la persona privada de la libertad.

Partiendo de la anterior interpretación, le correspondería al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) como autoridad encargada de ejecutar la política penitenciaria y carcelaria del país, fijar las estrategias o planes necesarios para que los reclusos de las cárceles puedan acreditar ante la autoridad, la existencia de una estrecha relación familiar con el menor para así poder autorizar la visita en las mismas condiciones en las que se realizan con los hijos naturales o adoptivos.

Finalmente, resalta que de esta manera se puede garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que sin ser parientes en primer grado de consanguinidad o civil, puedan ingresar durante los horario de visitas y de esta manera no sea vea interrumpida de manera abrupta el desarrollo afectivo y la unidad familiar del menor y del condenado o procesado recluso, debido a que la continuidad en sus relaciones afectivas resulta vital para el proceso de reinserción social que está viviendo el condenado al ejecutar su pena.

3. Fiscalía General de la Nación

La Fiscalía General de la Nación, a través de la Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales, solicitó se declare la inexequibilidad de la norma acusada, por considerar que la misma, el no permitir el ingreso de menores de edad familiares de la persona privada

de la libertad diferente de aquellos que tengan un vínculo en primer grado de consanguinidad o primero civil, atenta derechos fundamentales como la unidad familiar y la dignidad, además de configurar una discriminación en razón a su origen familiar y vulnerar los derechos de sujetos de especial protección constitucional.

De manera subsidiaria solicita la declaración condicionada de la norma “en el entendido de que el derecho de las personas privadas de la libertad a recibir visitas por parte de niños, niñas y adolescentes no podrá ser limitado a aquellos con quienes se tenga un vínculo de consanguinidad o civil en primer grado, sino que se determinará con base en consideraciones de pertenencia al grupo familiar, de acuerdo con la jurisprudencia “(Folio 80)

Respecto de la petición principal, la representante de la Fiscalía General de la Nación inicia su intervención advirtiéndole sobre la relación de sujeción existente entre la persona privada de la libertad y el Estado, argumentando que si bien la persona está legítimamente limitado en su libertad personal y por lo tanto, de algunos derechos que encuentran íntima relación con este derecho, el Estado debe garantizar y proveer de mecanismos para asegurar el goce efectivos de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden ser afectados.

Complementa adicionando sentencias de la Corte Constitucional como por ejemplo la T-593 de 1998 y T-714 de 1996, en donde la corte explica de manera detallada, la conformación de esta relación de sujeción como fundamento de la finalidad resocializadora de la pena. Esta relación genera un conjunto de obligaciones y deberes por parte del Estado, de crear las condiciones necesarias para garantizar la dignidad de los reclusos y de crear los instrumentos de protección de derechos para que de este modo, una vez el individuo cumpla con la pena, pueda incorporarse positivamente a la sociedad considerándose parte de ella.

De acuerdo con el interviniente, cualquier norma que atente con la dignidad del individuo inmerso en la relación de sujeción, debe ser declarada inconstitucional y es por esto que el Estado debe evaluar que la restricción del derecho a la unidad familiar sea proporcional a los fines de reinserción social y no lleguen a exceder de manera desproporcionada la restricción, pues de esta manera se podría llegar a afectar al recluso en el momento de

reincorporarse en su grupo familiar.

Es por esto que limitar el ingreso de menores de edad en razón al vínculo sanguíneo o civil con la persona privada de la libertad, no permite el cumplimiento de las finalidades de la pena y de acuerdo con su criterio resulta ser contrario a las finalidades del sistema penitenciario colombiano.

De esta manera, aduce que el Estado debe adaptarse a las transformaciones estructurales de la familia y brindar igual protección para aquellas personas, que si bien no tienen una relación genética próxima, si generaron una unión basada en el recíproco afecto, solidaridad, auxilio y respeto, que permite el desarrollo integral de cada uno de sus integrantes.

Por otro lado, el interviniente reconoce que la expresión objeto de cuestionamiento persigue como finalidad la protección de la integridad de los niños, niñas y adolescentes, dada la evidente situación de riesgo que implica su permanencia en los establecimientos carcelarios y penitenciarios, lo anterior teniendo en cuentas las circunstancias actuales de vulneración de derechos fundamentales que se viven en estos centros y de acuerdo con lo anterior, limitar el ingreso de menores que no tengan un vínculo afectivo estrecho con la persona privada de la libertad, encuentra legitimación constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, el interviniente considera necesario hacer un juicio estricto de proporcionalidad dado que se evidencia un conflicto entre principios y derechos. Por un lado, se encuentra la dignidad y el derecho de los niños, niñas y adolescentes a mantener la unidad con sus familiares reclusos sin distinción de grado de parentesco y por otro lado, el derecho fundamental de los niños a que le sean protegidos su integridad y su seguridad.

Inicia su valoración de proporcionalidad sobre la expresión acusada reconociendo la necesidad de restringir al máximo el mayor número de niños al interior de los centros carcelarios, pues al encontrarse un número reducido de menores, resulta más sencillo para la autoridad establecer la logística necesaria para garantizar la seguridad de estos. De acuerdo con lo anterior, se considera que la disposición acusada puede llegar a ser constitucional.

Sin embargo, la medida impuesta no resulta necesaria y no supera el examen de proporcionalidad, dado que resultaría un sacrificio desproporcionado de los derechos a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad y de sus menores familiares. Así mismo se condenaría al preso no solo a la restricción de su libertad sino también a un aislamiento que incrementaría su sufrimiento, lo cual traduce en el desconocimiento de los fines constitucionales del sistema penitenciario.

Así entonces, el interviniente concluye que la expresión demandada efectivamente señala un trato diferente para los menores basado en el grado de parentesco que se tenga con la persona privada de la libertad y recomienda a la Corte valorar si dicha discriminación se encuentra justificada por la Constitución o si por el contrario resulta una discriminación en razón al origen familiar y, de ser así, se declare la inconstitucionalidad del artículo 112 A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

Finalmente se menciona como petición subsidiaria la constitucionalidad condicionada de la expresión, basando su argumentación en las razones expuestas anteriormente y considerando la necesidad de interpretar la norma de acuerdo con los conceptos jurisprudenciales de familia que la Corte Constitucional ha venido desarrollando y la necesidad de evitar “que de forma desproporcionada se esté condenando a la persona privada de la libertad a una vida de soledad que agrava de manera desproporcionada su sufrimiento” (Folio 79).

4. Defensoría del Pueblo

La Defensoría del Pueblo, por intermedio del Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales, intervino en el presente juicio para solicitarle a la Corte que declare inexecutable la expresión “en el primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

Según lo afirma el referido interviniente, la citada expresión transgrede los derechos a la igualdad, a la dignidad y el principio de unidad familiar de las personas que se encuentran privadas de la libertad.

Respeto de lo primero, señala que los apartes acusados restringen “de forma injustificada

las posibilidades jurídicas y reales de proteger los derechos a la intimidad y a la unidad familiar de las personas que se encuentran privadas de la libertad, en este sentido es posible sostener que la norma desconoce el principio de igualdad de esta población”.

Con relación a lo segundo, expone que este Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos, “ha reconocido la inescindible relación que existe entre la protección del derecho a la dignidad, la salvaguarda de las condiciones necesarias para mantener contacto con la familia y la garantía del derecho a conservar una familia del que son titulares las personas que se encuentran privadas de la libertad. Lo anterior, debido a que el sistema penal está inspirado en la prevalencia del principio de dignidad humana y en consecuencia todas las acciones del Estado están dirigidas a lograr la resocialización de las personas que han sido condenadas a penas privativas de la libertad”. Seguidamente, expuso que en atención a dicho principio, quienes se encuentren privados de la libertad deben tener la posibilidad de encontrarse con sus familiares menores de edad, con quienes tengan vínculos distintos a los señalados en la norma que se enjuicia.

Finalmente, anota que: “[n]egar a los reclusos y reclusas la posibilidad de recibir visitas de niños, niñas y adolescentes como sus sobrinos y sobrinas o sus nietos y nietas es una limitación del derecho a la unidad y a la intimidad familiar que supera las posibilidades jurídicas de restricción que este derecho puede sufrir, en razón a la relación de especial sujeción en la que se encuentra la población carcelaria”. A lo anterior, añadió más adelante que: “[l]a norma objeto de demanda, al establecer que la población carcelaria solo puede recibir visitas de niños, niñas y adolescentes que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad o civil es contraria a la protección constitucional que se ha otorgado en favor de los distintos tipos de familia, pues desconoce otro tipo de vínculos que, pese a que no se encuentran dentro de este supuesto de derecho, constituyen familia”.

A partir de lo anterior, solicitó declarar inexecutable la expresión “en el primer grado de consanguinidad o primero civil” contenida en el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El señor Procurador General de la Nación rindió el concepto a su cargo en la presente causa, solicitándole a la Corte, como petición principal, que se declare INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por presentarse

el fenómeno de la falta de legitimación por activa. No obstante, en caso de la Corte no acoja dicha solicitud, de manera subsidiaria, le solicita a la Corporación declarar la constitucionalidad del aparte normativo acusado, por considerarlo ajustado a la garantía principal de protección de los derechos de los menores frente a los derechos de las demás personas, en este caso, de aquellas que se encuentran privadas de la libertad

2.1 Respecto de la primera solicitud, el interviniente asegura que el accionante al encontrarse privado de su libertad, se encuentra inhabilitado para ejercer la acción pública de inconstitucionalidad.

Manifiesta que, actualmente, el señor Rosendo Espitia se encuentra privado de la libertad, como consecuencia de haber sido condenado a la pena de 88 meses de prisión, en su condición de autor material del delito de acceso carnal abusivo en menor de 14 años. De conformidad con los artículo 40 de la Constitución Política y el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), las personas privadas de la libertad como consecuencia de una sentencia de carácter condenatoria y su inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, privan al condenado del ejercicio de cualquier derecho político, por lo tanto, el accionante no se encuentra habilitado para interponer acciones de constitucionalidad.

2.2. El Ministerio Público, procede a sustentar su petición subsidiaria, analizando de fondo la demanda y partiendo del estado de especial protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes consagrado en el artículo 44 de la carta política, así mismo se refirió al artículo 8 de la Ley 1098 de 2006 y al conjunto de declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos y en especial de protección y garantía de los niños.

De acuerdo con la Procuraduría General de la Nación, en razón del conjunto de normas nacionales e internaciones que materializan la prevalencia de los intereses de los menores frente a los demás sujetos que componen la sociedad, la interpretación que se haga de estas disposiciones se debe hacer en favor de los niños por la aplicación del principio pro infans, el cuál ha sido acogido por el Estado colombiano a través de la jurisprudencia constitucional.[5]

Igualmente explica la relación de sujeción existente entre la persona privada de la libertad y el Estado, el conjunto de obligaciones y deberes que adquiere el Estado para lograr la

resocialización a través de garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles, y reitera que las restricciones de derechos no pueden exceder las finalidades de la pena impidiendo su futura vinculación con la sociedad.

Sin embargo, la norma acusada fue proferida por el Congreso de la República en ejercicio de su libertad de configuración y lo hizo buscando un equilibrio entre la garantía de la persona privada de la libertad de mantener la unidad familiar a través de las visitas con sus familiares y parientes más cercanos, y la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de estar en ambientes seguros donde no se vea afectada su integridad.

Igualmente señala que el artículo 112 A de la Ley 65 de 1993, modificada por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014 no es de carácter perpetuo, pues una vez el niño, niña o adolescente cumpla la mayoría de edad puede ingresar al centro penitenciario. Adicionalmente, la norma responde a los criterios de prevalencia en materia de protección de los derechos de los menores, dándoles un tratamiento especial para ellos, pues de no realizarse esta restricción no se podría garantizar la dignidad, seguridad y libertad del menor que ingresa al centro de reclusión dada el evidente estado de cosas inconstitucionales[6] en las que se encuentran estos establecimientos.

Para el interviniente, permitir el ingreso a los centros penitenciarios de cualquier familiar sin distinción alguna, generaría consecuencias logísticas muy problemáticas que, de acuerdo a la situación actual del sistema carcelario y penitenciario del país, podría generar una situación de riesgo para las personas que se encuentren al interior del centro, bien sea como recluso, visitante y de los funcionarios encargados de la seguridad del establecimiento.

Concluye el representante del ministerio público que la norma demandada logra un equilibrio entre la protección de la integridad de los menores garantizando un esquema de protección para ellos, a través del cuerpo de seguridad y el proceso de resocialización de la persona que se encuentra privada de la libertad, dado que se materializa el derecho que estos tiene de recibir las visitas de familiares con el objetivo de dar continuidad a la construcción de la unidad familiar y se pueda lograr de forma pacífica su vinculación familiar una vez se cumpla la pena.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 241 de la Constitución Política, esta Corporación es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad que se formula contra algunos apartes del artículo 112A de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

2.1. La norma parcialmente acusada en la presente causa es el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado a dicho ordenamiento por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”

2.2. La referida disposición contiene el régimen de regulación de visitas de los menores de edad en las cárceles y centros de reclusión del país, de acuerdo con el ejercicio del derecho a la unidad familiar y el fin resocializador de la pena. De manera particular, la norma adopta medidas relacionadas con: (i) los menores autorizados para ingresar a los centros carcelarios; (ii) las condiciones de ingreso; (iii) la adecuación de la infraestructura penitenciaria para tal fin; y (iv) la seguridad y protección de los menores, en pro de garantizar su integridad y evitar cualquier afectación que pudiera poner en riesgo su normal desarrollo. En ese contexto, el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, fija las siguientes reglas:

(i) Autoriza las visitas en favor de las personas privadas de la libertad, “de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil”.

(ii) Dispone que tales visitas pueden tener lugar “por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas”.

(iii) Prevé que durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se deben observar “mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales”.

(iv) Exige que “los menores de 18 años deben estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable”.

(v) Y, le impone a los establecimientos de reclusión el deber de “contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente”.

2.3. Conforme se advierte del contenido de la demanda, la acusación se circunscribe, exclusivamente, al aparte de la norma que limita las visitas a los centros de reclusión, de los niños, niñas o adolescentes que sean familiares de los reclusos “en el primer grado de consanguinidad o primero civil”. Ello, sobre la base de considerar el actor que la medida afecta los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad a una vida digna, a la igualdad y a tener una familia, en cuanto reduce el margen de visita a los hijos naturales y adoptivos, excluyendo la posibilidad de que ellos puedan tener contacto con familiares menores de edad que no se encuentren dentro de los supuestos previstos en la norma, como ocurre, por ejemplo, con los nietos y sobrinos, y con los llamados hijos de crianza.

En este contexto, el actor le solicita a la Corte que declare inexecutable la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993.

2.4. Frente a la anterior acusación, la mayoría de quienes intervienen en el presente juicio coinciden en sostener que la norma acusada presenta serios problemas de constitucionalidad, en razón a que la misma, al no permitir la visita de menores de edad a los centros carcelarios diferentes de aquellos que tengan un vínculo en primer grado de consanguinidad o primero civil con el recluso, atenta contra los derechos a la unidad familiar, a la dignidad y la igualdad, pues impide el contacto entre el detenido y sus familiares menores que no se encuentren en el contexto de la norma.

Sobre esa base, algunos intervinientes le solicitan a la Corte que declare la inexecutable de la expresión demandada, mientras que otros abogan por la declaratoria de una exequibilidad condicionada, para que se entienda “que el derecho de las personas privadas de la libertad a recibir visitas por parte de niños, niñas y adolescentes no podrá ser limitado a aquellos con quienes se tenga un vínculo de consanguinidad o civil en primer grado, sino

que se determinará con base en consideraciones de pertenencia al grupo familiar, de acuerdo con la jurisprudencia”.

2.5. Por su parte, el Ministerio Público, como petición principal, le solicita a la Corte que se declare inhibida para proferir un pronunciamiento de fondo sobre la presente demanda, en razón a la existencia de una falta de legitimación por activa, derivada del hecho de que “el accionante se encuentra actualmente privado de la libertad” por condena de autoridad judicial, y, por tanto, suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos.

Subsidiariamente, la Vista Fiscal le pide a esta Corporación que declare la exequibilidad de la expresión acusada, tras considerar que la norma no desconoce los derechos a la igualdad, a la dignidad humana y a la unidad familiar, toda vez que la misma busca la protección de los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de especial protección constitucional, al tiempo que propende por la resocialización del recluso al garantizarle el derecho a recibir visitas de los familiares menores que están habilitados por la norma.

2.5.1. En relación con la petición principal que formula el Ministerio Público, encaminada a que la Corte se abstenga de proferir decisión de fondo, considera que la Sala que misma no está llamada a prosperar por las razones que se explican a continuación:

2.5.2. Desde sus primeros pronunciamientos, la Corte Constitucional fijó una línea jurisprudencial uniforme a partir de la cual se excluía del derecho político a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución, a las personas condenadas a penas privativas de la libertad. Lo anterior, bajo el entendido que la sentencia condenatoria, además de contemplar una pena restrictiva de la libertad, aparejaba también como pena accesoria una inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos.

2.5.3. Sin embargo, recientemente, la Sala Plena de la Corporación, mediante los Autos 241 y 242 de 2015, reiterados en la Sentencia C-387 de 2015, procedió a modificar su línea de jurisprudencia sobre la falta de legitimación por activa de las personas condenadas, “para señalar que la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no priva a los condenados del derecho a interponer la acción pública de inconstitucionalidad”[7]. Las razones que tuvo en cuenta la Corte para fijar esa nueva posición frente al tema, fueron sintetizadas en el Auto 241 de 2015, en los siguientes términos:

“(i) La Constitución sólo exige ostentar la calidad de ciudadano para ejercer el derecho a instaurar acciones de inconstitucionalidad. (ii) Si bien este es un derecho político, es también fruto del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia, que en el marco político es además universal. Dado que el acceso a la justicia es esencial para garantizar el goce efectivo de los demás derechos y libertades, y para definir los límites de las instituciones estatales, la suspensión parcial del derecho a interponer acciones públicas no es sólo la restricción de un derecho político, sino la reducción de la efectividad de todos los demás derechos constitucionales, lo cual es inadmisibles. (iii) Es necesario ser coherente con el desarrollo institucional de la acción pública de inconstitucionalidad, y esto supone no detener la ampliación del grupo de ciudadanos colombianos titulares de ese derecho fundamental, aunque es preciso aclarar que no se trata de ampliar el catálogo de derechos de las personas condenadas, sino de garantizar su acceso a la justicia constitucional. (iv) Es necesario actualizar el entendimiento de la Constitución para comunicarlo con la realidad penitenciaria y el derecho internacional de los derechos humanos.”

2.5.4. De este modo, teniendo en cuenta la nueva regla de decisión fijada por la Corte, el actor en la presente causa se encuentra legitimado por activa para promover la presente acción de inconstitucionalidad, no obstante que, para el momento de la presentación de la demanda, se encontraba recluso en el Pabellón 5ª Sección B del Establecimiento Carcelario de Girardot, cumpliendo condena a pena privativa de la libertad.

2.5.5. En consecuencia, estima este Tribunal que en relación con la acusación formulada contra la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, cabe proferir el respectivo pronunciamiento de fondo.

3. Problema jurídico

3.1. Analizado el contenido de la demanda y lo dicho en las distintas intervenciones, en esta oportunidad le corresponde a la Corte establecer si la norma parcialmente acusada, por el hecho de limitar las visitas de las personas privadas de la libertad por parte de menores de edad, sólo a quienes se encuentren en el “primer grado de consanguinidad o primero civil”, desconoce los derechos de la población carcelaria y de los niños, niñas y adolescentes a una vida digna, a la igualdad y a la unidad familiar.

3.2. Para resolver el anterior cuestionamiento, la Corte abordará los siguientes temas

jurídicos: (i) la relación de especial sujeción que existe entre el Estado y las personas privadas de la libertad; (ii) la institución familiar y su ámbito de protección constitucional; (iii) el derecho a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad; (iv) los antecedentes del artículo 112A de la Ley 65 de 1993; y (v) la posición previa adoptada por la Corte en la Sentencia T-111 de 2015, para finalmente proceder a (vi) evaluar la constitucionalidad de la expresión impugnada.

4. La relación de especial sujeción que surge entre el Estado y las personas privadas de libertad

4.2. A partir de un criterio uniforme, la Corte ha establecido que se trata de un vínculo jurídico-administrativo que determina el alcance de los derechos y deberes que de manera recíproca surgen entre ellos, conforme al cual, mientras el interno se somete a determinadas condiciones de reclusión que incluyen la limitación y restricción de ciertos derechos, el Estado, representado por las autoridades penitenciarias, asume la obligación de protegerlo, cuidarlo y proveerle lo necesario para mantener unas condiciones de vida digna durante el tiempo que permanezca privado de la libertad.

4.3. Como lo ha puesto de presente este Tribunal, la “relación de especial sujeción” entre el interno y el Estado es de carácter forzoso, en cuanto no opera por voluntad de las partes, sino que surge de la necesidad imperiosa de las autoridades públicas, “de tutelar la seguridad de los restantes ciudadanos, poniéndola a salvo del peligro que representan las conductas de ciertos individuos”[9]. Desde ese punto de vista, el administrado, privado de la libertad, es insertado en la esfera de regulación de la administración, quedando sometido “a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales”[10].

4.4. Sobre esa base, la jurisprudencia ha destacado que las personas privadas de la libertad, en razón a su estado de reclusión, se encuentran en una condición de indefensión y vulnerabilidad, derivada del hecho de no estar en capacidad de proveerse por sí mismos los medios necesarios para su subsistencia y para el ejercicio mínimo de sus garantías. Por eso, aun cuando el Estado se encuentra habilitado para suspender, limitar y restringir algunos de sus derechos y para ejercer sobre ellos controles especiales de reclusión, correlativamente, también tiene el deber de garantizar que los reclusos reciban un trato

digno y respetuoso, acorde con la condición humana, de manera que se les asegure el ejercicio de los derechos que no les han sido suspendidos y parcialmente aquellos que les han sido limitados.[11]

4.5. Bajo tales parámetros, lo ha dicho la Corte, la “relación de especial sujeción” implica que el Estado, al tomar la decisión de privar de la libertad a una persona, “se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar”[12].

4.6. Precisamente, a partir del alcance que le ha sido reconocido, la Corte ha identificado como elementos característicos de la “relación de especial sujeción”, los siguientes:

- (i) La subordinación del recluso al Estado que se concreta en el sometimiento a un régimen jurídico especial;
- (ii) El ejercicio de la potestad disciplinaria y administrativa por parte del Estado y la limitación de los derechos fundamentales del recluso de acuerdo con la Constitución y la ley;
- (iii) La obligación del Estado de garantizar el goce efectivo de los derechos de los internos, de acuerdo con sus limitaciones y restricciones, buscando cumplir el objetivo principal de la pena que es la resocialización;
- (iv) La obligación del Estado de garantizar ciertos derechos que surgen forzosamente de la relación de subordinación, relacionados con las condiciones materiales de existencia de los reclusos, como la alimentación, habitación, servicios públicos y salud; y
- (v) la obligación del Estado de asegurar el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos, a través de conductas positivas.

4.8. Atendiendo a la anterior clasificación, la misma jurisprudencia ha sostenido que, a partir de ella, surge para el Estado el deber de “garantizar que los [internos] puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquellos que les han sido [limitados]” [14], lo cual implica, “no solamente que el Estado no deba interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos, sino también que

debe ponerse en acción para asegurarle a los internos el pleno goce de los mismos”[15]. Ello sobre la base de que, conforme ha sido señalado, las personas privadas de libertad se encuentran en una situación especial de indefensión, que se genera por el hecho incuestionable de no estar en condiciones de proveerse por sí mismas los mecanismos y recursos materiales para el ejercicio de sus derechos, ni tener la capacidad para satisfacer por sí solas sus necesidades básicas, razón por la cual es al Estado, en el marco de las “relaciones de especial sujeción”, a quien le corresponde suplir ese déficit.

4.9. En relación con esto último, este Tribunal ha puntualizado que, “si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria para lograr el fin propuesto”, con lo cual, “[T]oda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación de tales derechos”. Conforme con esa orientación, también ha destacado que la “órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias, pues los “derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección.”[16].

4.10. Dentro del mismo contexto, apoyándose en las posturas adoptadas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[17], la Corte ha resaltado que las amplias atribuciones reconocidas a favor del Estado en el contexto de la “relación de especial sujeción”, materializadas en la posibilidad de restricción de los derechos de los reclusos, encuentran plena justificación en el hecho de que ellas se conviertan en mecanismos idóneos para “hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del interno y la conservación del orden, la disciplina y la convivencias dentro de las prisiones”[18]. Dentro de esa orientación, ha sostenido igualmente que “el concepto de resocialización se opone no solo a la imposición de penas que conlleven tratos crueles, inhumanos y/o degradantes, sino también a todas las condiciones de cumplimiento de la pena que sean desocializadoras”[19], entendiendo que corresponde al Estado proveer los medios y las condiciones que posibiliten las opciones de inserción social de la población reclusa, y a los propios reclusos, en ejercicio de su autonomía, fijar el contenido de su proceso de resocialización.[20]

4.11. Sobre el particular, el artículo 10 de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el Código Penitenciario y carcelario”, consagra expresamente que la finalidad del tratamiento penitenciario, es la resocialización del delincuente, “mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”. Asimismo, los artículos 142 y 143 del citado ordenamiento prevén que el objetivo de dicho tratamiento penitenciario es la reinserción para la vida en libertad, teniendo como base la dignidad humana y las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto, verificándose mediante la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva, y las relaciones de familia, de manera progresiva, programada e individualizada[21],

4.12. A propósito de lo anterior, este Tribunal ha expresado que el poder punitivo reconocido al Estado en virtud de la “relación de especial sujeción”, debe ser ejercido con respeto del principio de dignidad humana, “pues es el pilar fundamental que debe guiar las relaciones entre las autoridades penitenciarias y los internos”[22]. Sobre el particular, la Corte, en la Sentencia T-077 de 2015, sostuvo que:

“La dignidad humana, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad humana se convierten en el marco para la interpretación de todas las medidas con vocación de rehabilitación. La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como la obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Por tanto, le corresponde al interno, dentro de su autonomía, fijar el contenido de su proceso de resocialización[23].”

4.13. En consecuencia, aun cuando la facultad atribuida al Estado para modular e incluso limitar los derechos fundamentales de los reclusos, es relativamente amplia, la misma encuentra su límite en la prohibición de toda arbitrariedad (C.P., artículos 1º, 2º, 123 y 209), por la cual debe ser ejercida con plena sujeción a los principios de razonabilidad y proporcionalidad[24].

4.14. A este respecto, la Corte ha destacado que la razonabilidad y la proporcionalidad “son los criterios que permiten establecer si la restricción de las garantías de los internos es constitucionalmente válida”. Sobre esa base, ha puntualizado la Corporación que, para

determinar si las medidas legales y administrativas limitativas o restrictivas de los derechos de los internos se ajustan a la Constitución Política, es necesario determinar: (i) si el fin perseguido por la misma es legítimo desde la perspectiva constitucional; (ii) si es adecuada para el logro del fin perseguido; (iii) si es necesaria, es decir, si no existen medios menos onerosos para lograr el objetivo buscado; y (iv) si la medida es estrictamente proporcional, a partir de lo cual se verifica si los beneficios que se derivan de su adopción superan las restricciones que ella conlleva sobre otros derechos y principios constitucionales.[25]

De esa manera, la “relación de especial sujeción” que surge entre el Estado y la población reclusa resulta ser determinante del nivel de protección de los derechos fundamentales de dicha población, al tiempo que acentúa las obligaciones de la administración en la medida en que le impone el deber positivo de asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquellos que les han sido limitados, en razón a la especial situación de indefensión en la que se encuentran los reclusos.[26]

5. La familia y su ámbito de protección

5.1. Esta Corporación ha tenido oportunidad de referirse a la institución familiar, definiéndola “como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos”[27].

5.2. Así entendida, la familia ha sido considerada como un “presupuesto de existencia y legitimidad de la organización socio-política del Estado, lo que entraña para éste la responsabilidad prioritaria de prestarle su mayor atención y cuidado en aras de preservar la estructura familiar, ya que ‘[e]s la comunidad entera la que se beneficia de las virtudes que se cultivan y afirman en el interior de la célula familiar y es también la que sufre grave daño a raíz de los vicios y desordenes que allí tengan origen.”[28]

5.3. Acorde con lo anterior, la misma jurisprudencia ha destacado que la importancia de la familia surge de la propia Constitución Política, en cuanto dicho texto le atribuye, en los artículos 5º y 42, la condición de “institución básica” y “núcleo fundamental de la sociedad”, señalando que la misma se constituye por vínculos naturales y jurídicos, y asignándole al

Estado y a la sociedad el deber de garantizar su protección integral.

5.5. La Corte ha destacado que el reconocimiento que la Constitución Política le hace a la institución familiar, se materializa a través de la implementación de un sistema de garantías previstas en el propio texto Superior, cuyo objetivo fundamental es “reconocer la importancia de la institución familiar en el contexto del actual Estado Social de Derecho y hacer realidad los fines esenciales que la orientan, entre los que se destacan: la vida en común, la ayuda mutua, la procreación y el sostenimiento y educación de los hijos”[30].

5.6. Bajo ese contexto, el ámbito de protección constitucional especial reconocido a la familia se hace explícito, entre otros aspectos: (i) en la prohibición a toda forma de discriminación por el origen familiar (C.P. art. 13); (ii) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia (C.P arts. 15 y 42); (iii) en la garantía otorgada a la familia a no ser molestada, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (C.P. art. 28); (iv) en el derecho a la no incriminación familiar (C.P. art. 33); (v) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes (C.P. art. 42); (vi) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma (C.P. art. 42); (vii) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar (C.P. art. 42); (viii) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener (C.P. art. 42); (ix) en la igualdad en derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre y el deber de apoyar “de manera especial a la mujer cabeza de familia” (C.P. art. 43); y (x) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos (C.P: art. 44).

5.7. Tal y como lo ha expresado esta Corporación, no queda duda que el ordenamiento jurídico le reconoce a la institución familiar el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, “asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo”[31].

5.8. Ahora bien, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución Política, esta Corporación ha precisado que no existe un concepto único y excluyente de familia. Sobre este particular, ha destacado que, acorde con el pluralismo que la propia Carta promueve como uno de los principios fundantes del Estado, la familia no puede restringirse exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones de hecho que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, aspectos conforme a los cuales se promueve el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la realización personal de cada uno de sus integrantes.

5.9. Siguiendo dicho criterio, la jurisprudencia ha reconocido que el concepto de familia es dinámico y, por tanto, debe guardar correspondencia con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, razón por la cual no es posible fijar su alcance a partir de una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos.

5.10. Sobre el particular, en la Sentencia T-049 de 1999, la Corte señaló que “el concepto de familia no incluye tan sólo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía, incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquéllos integrantes, o cuando, por diversos problemas -entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos-, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”.

5.11. De la misma manera, en la Sentencia T-900 de 2006, se destacó que, “en su conformación, la familia resulta flexible a las diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”. Con base en ello, precisó que “[l]a fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan

sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”.

En el citado fallo, se puso de presente que la Corte había reconocido el carácter maleable de la familia, “al considerar que por tratarse de un estado que se reconoce como multicultural y pluriétnico (art. 7 C.P.) en él, la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que no resulta constitucionalmente admisible “el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia, siempre y cuando ella no resulte atentatoria de los derechos fundamentales”.

5.12. Posteriormente, en la Sentencia C-577 de 2011, esta Corporación manifestó que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”[32].

5.13. Más recientemente, en la Sentencia C-606 de 2013, este Tribunal señaló que, “es claro que la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias”.

5.14. De este modo, cabe concluir que la protección especial que la Constitución y el derecho internacional le prodigan a la familia, no se limita a aquella del modelo nuclear clásico compuesta por la madre, el padre y los hijos, sino que se extiende a otras

estructuras, conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad.

6. Protección a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad

6.1. Esta Corporación ha sido consistente en sostener que la unidad e integridad de la familia hace parte del ámbito de protección constitucional de la institución familiar. En esa dirección, en uno de sus primeros pronunciamientos, la Corte sostuvo que “la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”[33].

6.2. La protección a la unidad familiar encuentra fundamento directo en la propia Carta Política, en particular, (i) en el artículo 15, que reconoce la inviolabilidad de la intimidad de la familia; (ii) en el artículo 42, que prevé directamente la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; y, especialmente, (iii) en el artículo 44, que consagra expresamente el derecho de los niños a “tener una familia y no ser separados de ella”.

6.3. Acorde con tales mandatos, ha sostenido este Tribunal[34] que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental, tanto de los menores como de los adultos, que “genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos”[35]. En plena correspondencia con lo anterior, también ha señalado la Corte[36] que, además de su faceta ius fundamental, el precitado derecho cuenta igualmente con una faceta prestacional, que se manifiesta en la obligación constitucional del Estado de “diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar”[37].

6.4. Ahora bien, tal y como quedo consignado anteriormente, la unidad familiar hace parte del grupo de derechos que se restringen legítimamente como consecuencia del vínculo de sujeción que surge entre el recluso y el Estado. Dichas restricciones tienen origen, precisamente, en el aislamiento penitenciario obligado que genera la pérdida de la libertad

personal.

6.5. Sobre este particular, en la Sentencia T-274 de 2005, la Corte manifestó que “las personas privadas de la libertad, representan una de las limitaciones a la unidad familiar, atendiendo a que la familia se considera una comunidad de vida y convivencia plena”, con lo cual, “el aislamiento de uno de sus miembros, como infractor de la ley penal, comporta de suyo la correlativa pérdida de la libertad y a su vez afecta de manera inminente la estabilidad de su núcleo familiar”.

6.6. No obstante, si bien el derecho a la unidad familiar se encuentra limitado para las personas privadas de la libertad, la jurisprudencia constitucional “ha reconocido la incidencia positiva del contacto del interno con su familia durante su tratamiento penitenciario”[38], razón por la cual ha entendido que las restricciones que pesan sobre dicha garantía deben ser las estrictamente necesarias para lograr los fines del establecimiento carcelario, el cometido principal de la pena que es la resocialización de los internos y la conservación de la seguridad, el orden y la disciplina dentro de las cárceles.

6.8. En este sentido, lo ha expresado la jurisprudencia[41], el ordenamiento jurídico debe contemplar mecanismos para mitigar, hasta donde resulte constitucionalmente admisible, los efectos del resquebrajamiento de la unidad familiar propiciada por la reclusión de uno de sus integrantes, permitiendo que los internos pueden recibir visitas de familiares y amigos, y puedan comunicarse con ellos, sometiéndose, por supuesto, a las normas de seguridad y disciplina previamente establecidas, con el propósito de afianzar la unidad familiar y coadyuvar a su readaptación social.

6.9. Sobre la importancia de la participación de la familia en el proceso de resocialización del interno, y la necesidad de evitar la desarticulación de la institución familiar durante el proceso de reclusión, dijo la Corte en la Sentencia T-274 de 2005, reiterada posteriormente en la Sentencia T-319 de 2011, lo siguiente:

“Para esta Corporación, la importancia que reviste la presencia activa de la familia durante el periodo de reclusión de las personas condenadas es indudable. Motivos de índole jurídica, psíquica y afectiva así lo indican. Entre ellas, sino la más inmediata, sí una de las más relevantes, es la presencia de vínculos afectivos luego de superada la etapa de aislamiento que permita la materialización del principio de solidaridad respecto de la persona que ha

recobrado la libertad. La admisibilidad de este postulado encuentra respaldo en el argumento normativo que se desprende del sistema progresivo penitenciario, que cuenta entre sus supuestos el de la presencia de la familia en el proceso de resocialización del interno.

Igualmente, el concurso de la familia para adelantar un proceso exitoso de resocialización está fuertemente vinculado con la eficacia de otros derechos fundamentales del recluso. La posibilidad de mantener comunicación oral y escrita con personas fuera del penal, de conservar una vida sexual activa permitirá, las más de las veces, una reincorporación menos traumática al mundo de la vida fuera de la cárcel. Lo anterior está además asociado con las garantías básicas de la dignidad humana, la libertad y la intimidad personal (estas últimas con sus obvias limitaciones). (...)”.

En igual sentido, en la Sentencia T-017 de 2014, la Corte expresó:

“Sin embargo, a pesar de que esta garantía se encuentra limitada, la misma no está suspendida, y por tanto, las restricciones deben ser acordes con los fines de la pena, especialmente con su carácter resocializador. En estos términos, la Corte ha ponderado el derecho de las autoridades carcelarias con el derecho de los reclusos de mantener sus vínculos familiares, por cuanto ha considerado que la familia juega un papel preponderante en la reincorporación social del delincuente. Ha afirmado que ‘dicho vínculo filial representa la mayoría de las veces su contacto con el mundo más allá del establecimiento donde se encuentran reclusos, más si se tiene en cuenta que el núcleo familiar será en la mayoría de los casos el lugar donde cada individuo retomará su vida por fuera del penal’[42]. Como consecuencia, debe garantizarse la posibilidad restringida del interno de mantener comunicación oral, escrita y afectiva con sus familias”.

6.10. Sobre la base de admitir las limitaciones al derecho a la unidad familiar, y la necesidad de evitar la desarticulación de la familia durante el proceso de reclusión, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la unidad familiar de los reclusos adquiere una connotación especial cuando su núcleo familiar se encuentra integrado por menores de edad, “por cuanto la Constitución le otorga una protección reforzada a los niños, la cual se ve proyectada en los casos en que éstos se ven privados del contacto con sus padres reclusos en establecimientos penitenciarios”[43].

6.11. En relación con esto último, lo ha dicho este Tribunal, el derecho a la protección de la unidad familiar es particularmente relevante en el caso de los niños, en la medida en que “por medio de su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales, que, por lo tanto, dependen de él para su efectividad”. Así, “es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta”[44]; derechos que, a la postre, podrían verse seriamente amenazados en la medida en que se rompa la unidad familiar y no se adopten las medidas que correspondan y que coadyuven a evitar tal rompimiento o que faciliten su posible restablecimiento.

6.12. Confirmando la importancia del ámbito familiar en el desarrollo del menor, en la Sentencia T-1175 de 2005, la Corte precisó que: “[s]on los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropian niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario. De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que confiere la Constitución a la protección de la familia”.

6.13. De este modo, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en señalar que el Estado, a través de las autoridades públicas que tienen a su cargo la regulación, ejecución y control de la política criminal en materia penitenciaria y carcelaria, están en la obligación de garantizar que las personas privadas de libertad mantengan contacto permanente con su grupo familiar; obligación que resulta más relevante si dicho grupo está integrado en parte por menores de edad cuyos derechos son prevalentes conforme al principio del interés superior del menor. Ello, dentro del propósito de “preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños”[45]. En relación con este aspecto, en la Sentencia T-379 de 2012, la Corte hizo la siguiente precisión:

“De lo anterior se desprende que, las personas privadas de la libertad tienen una garantía reducida a sus derechos familiares, sin que ello implique que pueda coartarse

desproporcionada o injustificadamente su relación con la familia y la sociedad. Por esta razón es que en el sistema penitenciario y carcelario debe procurarse, en todo lo que sea posible, que el recluso mantenga contacto con su grupo familiar, máxime si dentro del mismo existen hijos menores de edad, lo cual impone adicional esfuerzo en torno a la preservación de la unidad familiar”.

7. Antecedentes del artículo 112A de la Ley 65 de 1993

7.1. Como ya ha sido destacado, la disposición acusada, el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, fue adicionado a dicho ordenamiento por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014. Tal y como quedo consignado en el proyecto que concluyó con la expedición de la Ley 1709 de 2014, la inclusión de la referida disposición al ordenamiento jurídico, tuvo como propósito específico reglamentar por primera vez las visitas de menores de edad a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, dentro del contexto de la adopción de medidas “que garanticen efectivamente las condiciones mínimas de reclusión” y que “permit[an] un mayor contacto de los internos con su núcleo social o familiar”[47].

7.2. Como antecedente, se tuvo en cuenta que la Ley 65 de 1993, “por medio del cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, a través del artículo 112, preveía el marco general del régimen de visitas a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, por parte de los familiares y amigos de los reclusos, sin regular aspectos relacionados con la situación de los menores de edad. Al respecto, la norma, a partir de la adopción de algunas medidas básicas sobre la materia, delegaba en los reglamentos generales expedidos por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, y en los reglamentos internos de cada establecimiento carcelario, la competencia para definir los lineamientos específicos en la ejecución de las visitas, es decir, para regular todo lo relacionado con el horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se llevaban a cabo las visitas, incluyendo lo relacionado con los menores de edad.

7.3. Conforme con lo anterior, mediante el artículo 26 del Acuerdo 0011 de 1995, expedido por el INPEC, por el cual se expide el “Reglamento General para Establecimientos Penitenciarios y Carcelarios”, se fijaron los parámetros específicos a seguir en materia de visitas de menores de edad. Al respecto, la norma permitía el ingreso de menores de doce años a los centros de reclusión sin distinción de grado de consanguinidad o afinidad con el

recluso. Asimismo, definía los requisitos generales de ingreso para todos los visitantes, incluidos menores de edad, estableciendo medidas relacionadas con: (i) el número máximo de visitantes habilitados; (ii) el condicionamiento de los días de visita de acuerdo con el género y (iii) la adecuación de locutorios en cada establecimiento para su ejecución. Sin embargo, la misma norma dejaba abierta la posibilidad para que cada director de cárcel implementara a través de su reglamento interno, las modalidades, horarios y la forma en la que debían llevarse a cabo las visitas, teniendo en cuenta el tipo de establecimiento que dirigía.

7.4. De este modo, bajo la vigencia de la Ley 65 de 1993, el ingreso de menores a las cárceles del país dependía, estrictamente, del tipo de centro penitenciario en el que se encontraba el recluso, evidenciándose una falta de uniformidad reglamentaria en el tema de las visitas de menores de edad a los establecimientos carcelarios, y la ausencia de una política clara y coherente que, a nivel legal, garantizara la unidad familiar y permitiera el mantenimiento de la seguridad y la integridad de los sujetos de especial protección constitucional.

7.5. Tal situación, hacía parte de la crisis estructural por la que venía atravesando el sistema penitenciario y carcelario, y que motivó al Gobierno Nacional a presentar ante el Congreso de la República, un proyecto de ley dirigido a reformar el código penitenciario vigente, la Ley 65 de 1993, “con el fin de adecuarlo a las actuales circunstancias del sistema penitenciario y carcelario”[48]. De manera particular, las causas que fueron identificadas por el Gobierno, asociadas con la crisis, eran, entre otras, las siguientes: (i) sobrepoblación carcelaria; (ii) insuficiencia de la guardia penitenciaria, (iii) falta de infraestructura carcelaria, (iv) corrupción existente en los centros penitenciarios, (v) oleadas de criminalidad y (vi) ausencia de medidas que garantizaran efectivamente las condiciones mínimas de reclusión.

7.6. En ese sentido, con la reforma a la Ley 65 de 1993, se procuraba, a corto, mediano y largo plazo, la implementación de un sistema penitenciario fundamentado en la humanización y dignificación de los internos, a través de una infraestructura carcelaria adecuada, el incremento del número de funcionarios a cargo de la vigilancia y la adopción de medidas dirigidas a garantizar condiciones mínimas de reclusión, con lo cual se pretendía responder a la finalidad resocializadora de la pena de acuerdo con la concepción

del Estado Social de Derecho.[49]

7.7. Acorde con lo anterior, el proyecto de ley que dio origen a la inclusión del nuevo artículo 112 A de la Ley 65 de 1993, fue presentado ante la Cámara de Representantes del Congreso de la República, el día 21 de marzo de 2013, por la Ministra de Justicia y del Derecho de la época[50], conforme fue anotado, con la pretensión de reglamentar por primera vez las visitas de menores de edad a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, dentro del contexto de adoptar medidas “que garanticen efectivamente las condiciones mínimas de reclusión” y que “permit[an] un mayor contacto de los internos con su núcleo social o familiar”[51].

7.8. Teniendo en cuenta el referido propósito, la redacción inicial del artículo permitía la visita a los centros de reclusión, “por lo menos una vez al mes”, de familiares menores que tuvieran con el interno un vínculo “hasta el tercer grado de consanguinidad y primero de afinidad”. Conforme con ello, también en su redacción originaria la norma adoptaba medidas adicionales dirigidas a garantizar la seguridad de los menores, relacionadas con los siguientes aspectos: (i) la visita no podía llevarse a cabo el mismo día en el que se autorizaba la visita íntima; (ii) durante los días de visita, las autoridades penitenciarias debían adoptar medidas especiales de seguridad para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los menores; y (iii) los menores debían estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable. En este sentido, el artículo 112A que hacía parte de la redacción original, era el siguiente:

“Artículo 65, adiciónese un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 112A. Visita de menores. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de este hasta el tercer grado de consanguinidad y primero de afinidad, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales. Los menores deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable.”[52]

7.9. Dicha norma, tal y como la misma fue presentada por el Gobierno, fue acogida por la

Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes[53]. Al respecto, en el curso de los debates en dicha comisión, se hizo mención expresa a la propuesta de reglamentar por primera vez las visitas de menores de edad a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, destacándose la difícil realidad que afrontan los internos y la importancia de la función resocializadora de la pena a través de la aproximación del penado con sus familiares, particularmente con los menores de edad. Sobre el tema, el Representante Carlos Edward Osorio Aguilar manifestó que: "...nada más difícil para un interno que además de estar privado de la libertad, que se le desarraigue, que se le impida, que se le aísle, que se le impida ese contacto con sus familiares, con su núcleo familiar."[54].

7.10. Durante el segundo debate en la Plenaria de la Cámara de Representantes, el texto original fue parcialmente modificado, en el sentido de ampliar el criterio de acceso de menores beneficiarios del régimen de visitas, incluyendo a quienes tuvieran un vínculo con el interno de hasta el segundo grado civil. En consecuencia, la norma aprobada en segundo debate fue la siguiente: "Artículo 65. Adiciónese un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así: Artículo 112A. Visita de menores. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de este hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo civil y primero de afinidad, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales. Los menores deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable."[55].

7.11. Iniciado el tercer debate en la Comisión Primera Constitucional del Senado de la República, el artículo que regulaba el régimen de visitas de menores a los centros carcelarios no sufrió cambio alguno. En consecuencia, dicha célula legislativa decidió mantener el texto tal y como el mismo había sido aprobado por la Plenaria de la Cámara de Representantes.[56]

Aprobado en Comisión Primera del Senado

Modificaciones propuestas en Plenaria del Senado

Artículo 74. Adicionase un artículo a la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 112A. Visita de menores. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de este hasta el tercer grado de consanguinidad segundo civil y primero de afinidad, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

Los menores deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable.

Artículo 76. Adicionase un artículo 112A a la Ley 65 de 1993, del siguiente tenor:

Artículo 112A. Visita de niños, niñas y adolescentes. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas.

Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

Los menores de 18 años deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable.

Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.

7.13. Las modificaciones propuestas para cuarto debate al régimen de visita de niños, niñas y adolescentes, fueron finalmente acogidas por la Plenaria del Senado de la República, quedando el texto aprobado de la siguiente manera:

“artículo 76. Adicionase un artículo 112A a la Ley 65 de 1993, del siguiente tenor: Artículo 112A. Visita de niños, niñas y adolescentes. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

Los menores de 18 años deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable.

Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.”[58].

7.14. En razón a las diferencias surgidas entre los textos aprobados en Cámara y Senado, de acuerdo con lo ordenado en los Artículos 161 de la Constitución Política y 186 de la Ley 5ª de 1992, se procedió a conformar una comisión accidental de conciliación, la cual decidió acoger en su totalidad el texto aprobado por la Plenaria del Senado, decisión que a su vez fue avalada por las plenarias de ambas cámaras.

7.15. De esa manera, a través del artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, que adicionó un artículo 112A a la Ley 65 de 1993, el legislador reguló el régimen de visita de menores de edad a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, inclinándose por acoger un criterio restrictivo, incluso frente a la propuesta inicial presentada por el Gobierno al Congreso, en el sentido de limitar el acceso a tales establecimientos a los niños, niñas y adolescentes solo “hasta el primer grado de consanguinidad o primero civil”. Como complemento de lo anterior, dentro del propósito de garantizar la seguridad de los menores visitantes, adoptó las siguientes medidas: (i) la visita no puede llevarse a cabo el mismo día en el que se autoriza la visita íntima; (ii) durante los días de visita se deben observar mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de los derechos y libertades

fundamentales de los menores; (iii) los menores de 18 años deben estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable; y (iv) los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de menores, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.

8. Pronunciamiento previo de la Corte con respecto al problema jurídico que suscita la demanda formulada contra el artículo 112A de la Ley 65 de 1993

8.1. Ahora bien, con respecto al problema jurídico que suscita la presente demanda, cabe destacar que el mismo ya había sido abordado por la Corte en el ámbito del control concreto de constitucionalidad, a través de la Sentencia T-111 de 2015. Tal pronunciamiento tuvo lugar a propósito de la acción de tutela promovida por una persona privada de la libertad en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario de Combita (Boyacá), la cual estuvo motivada en la decisión adoptada por el Director de dicho reclusorio, de no permitirle el ingreso a dos de sus familiares menores de edad, hijos de su señora esposa, con base en lo dispuesto en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993.

8.2. En la Sentencia referida, la Corte abordó el estudio de la mencionada disposición, y consideró necesario acudir a la figura de la excepción de inconstitucionalidad (C.P. art. 4º), procediendo a ordenar la inaplicación al caso concreto del artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, tras encontrar que la referida norma, al limitar las visitas de las personas privadas de la libertad por parte de menores de edad, sólo a quienes se encuentren en el “primer grado de consanguinidad o primero civil”, genera efectos inconstitucionales, contrarios al derecho a la unidad familiar, en cuanto la misma no tiene en cuenta “que pueden existir eventos, como el del accionante, en que a pesar de no tener ese vínculo exigido en la disposición, sí se ha conformado un lazo o unión familiar que debe ser igualmente protegido y garantizado por el Estado”[59]. Sobre este particular, se dijo en la referida providencia:

“El mencionado artículo 74 contempla entonces la posibilidad de que los menores de edad visiten a sus familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil (esto, es, a sus padres/hijos biológicos o adoptivos, respectivamente). Sin embargo, con tal disposición se

ve afectado cierto grupo poblacional que, a pesar de no tener ese vínculo exigido en la disposición, sí ha conformado un lazo o unión familiar. Tal afectación se ve reflejada en la imposibilidad de una persona privada de la libertad, de mantener la unidad familiar o incluso de iniciarla o constituirla, por el hecho de no tener el parentesco exigido en la citada norma, en tanto la misma no contempla un supuesto de ese tipo, como sucede en el caso concreto.”

8.3. Con base en lo anterior, además de darle aplicación a la excepción de inconstitucionalidad y tomar las medidas de protección en el caso concreto, en la citada Sentencia T-111 de 2015, la Corte considero necesario adoptar las siguientes decisiones generales:

- “EXHORTAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec- para que, en el menor tiempo posible, expida la reglamentación correspondiente donde se incluya el supuesto sobre las visitas de niños, niñas y adolescentes que reciban aquellas personas privadas de la libertad que, a pesar de no ser familiares en primer grado de consanguinidad o primero civil exigido en la disposición que se inaplica, sí han conformado un lazo o unión familiar que debe ser igualmente protegido y garantizado por el Estado, de tal forma que se garantice el derecho de los internos a la unidad familiar, así como el de los menores a tener una familia y a no ser separado de ella”.
- “EXHORTAR al Congreso de la República para que regule nuevamente la materia y contemple el supuesto fáctico en el que, a pesar de no existir el vínculo de consanguinidad o civil exigido en la disposición que se inaplica, sí se ha conformado un lazo o unión familiar que debe ser igualmente protegido y garantizado por el Estado, de tal forma que se garantice el derecho de los internos a la unidad familiar, así como el de los menores a tener una familia y a no ser separado de ella”.

8.4. Pues bien, con base en las consideraciones que han sido expuestas, y la posición adoptada por esta Corporación en la Sentencia T-111 de 2015, procede la Corte a llevar a cabo el análisis de constitucionalidad de la disposición impugnada.

9. Análisis de constitucionalidad de la norma acusada

9.1. Conforme ha sido reseñado con anterioridad, la presente demanda se dirige contra

algunos apartes del artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014. Mediante dicha norma, el Legislador procedió a regular, de manera especial, el régimen de visitas de los menores de edad en las Cárceles y Centros de Reclusión del país, adoptando medidas en los aspectos relacionados con: (i) los menores autorizados para ingresar a los centros carcelarios; (ii) las condiciones de ingreso; (iii) la adecuación de la infraestructura penitenciaria para tal fin; y (iv) la seguridad y protección de los menores.

9.2. Frente al tema del ingreso de menores a los centros carcelarios, que constituye el aspecto central de la acusación, el Legislador, en ejercicio de su amplio margen de configuración normativa en materia de la política criminal penitenciaria y carcelaria, optó por limitar dicho ingreso sólo a quienes se encuentren en el “el primer grado de consanguinidad o primero civil” con el recluso, dentro del propósito, según quedó consignado en el curso de los debates legislativos, de garantizar un mayor nivel de protección a la integridad, seguridad y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, y de evitar cualquier afectación a sus derechos, derivada de su permanencia al interior de los centros carcelarios.

9.3. Tal y como lo prevé el artículo 35 del Código Civil, por parentesco de consanguinidad se entiende “la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por vínculos de la sangre”. En plena correspondencia con lo anterior, el artículo 37 del mismo ordenamiento dispone que: “[l]os grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí”. En cuanto hace al parentesco civil, el artículo 50 del Código Civil lo define como “...el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. (...)”.

9.4. Acorde con lo anterior, atendiendo al contenido del artículo 112 de la Ley 65 de 1993, los menores que se encuentran legalmente habilitados para ingresar a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, son solamente aquellos que tiene la condición de hijos biológicos o adoptivos de los reclusos.

9.5. Teniendo en cuenta el alcance de la norma, el demandante dirige su acusación contra la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, precisamente, por considerar que a través de la misma se desconocen los derechos a la unidad familiar, a la dignidad humana y a la igualdad, en cuanto se excluye toda posibilidad de que los reclusos puedan ser visitados por familiares menores de edad, que no se encuentren dentro de los supuestos de la norma, y respecto de los cuales existe una relación familiar afectiva formada y consolidada, como ocurre, concretamente, con los nietos, sobrinos e hijos de crianza.

9.6. Pues bien, conforme con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional, expuestos a lo largo de esta Sentencia, coincide la Corte con el actor y la mayoría de intervinientes, en el sentido de considerar que la expresión acusada desconoce las disposiciones constitucionales citadas como violadas en la demanda, por las razones que se explican a continuación:

9.7. Como ha sido señalado, entre el Estado y las personas que se encuentran privadas de la libertad, existe una “relación de especial sujeción”, de carácter forzoso, a partir de la cual se determina el alcance de los derechos y deberes que de manera recíproca surgen entre ellos. A partir de dicha relación, si bien el Estado se encuentra habilitado para suspender, limitar y restringir algunos de los derechos de los reclusos y para ejercer sobre ellos controles especiales de reclusión, correlativamente, también recae sobre sus hombros el deber de garantizar que los internos reciban un trato digno y respetuoso, acorde con la condición humana, de manera que se les asegure el ejercicio de los derechos que no les han sido suspendidos y parcialmente aquellos que les han sido limitados o restringidos. Todo ello, dentro del propósito de cumplir el objetivo principal de la pena que es la resocialización.

9.8. Sobre esa base, es claro que la potestad reconocida al Estado para limitar los derechos de los reclusos no es absoluta ni ilimitada, pues la privación de la libertad no conlleva una anulación automática de todas las garantías constitucionales de quienes se encuentran en dicha situación, ni permite tampoco fijar limitaciones arbitrarias, que resulten irrazonables y desproporcionadas, sobre aquellos derechos en los que opera la referida atribución.

9.9. Según quedo anotado, dentro de los derechos que se pueden restringir legítimamente,

dado el vínculo de sujeción que surge entre el recluso y el Estado, se encuentra el derecho a la unidad familiar, el cual puede, entonces, sufrir limitaciones que, precisamente, tienen origen en el aislamiento penitenciario obligado que genera la pérdida de la libertad personal. De igual manera, al grupo de derechos cuyo ejercicio se mantiene pleno e inmodificable, en razón a que tales derechos son inherentes a la naturaleza humana, se suman, entre otros, la dignidad humana y la igualdad. Derechos respecto de los cuales el Estado debe, no solo abstenerse de interferir en la esfera de su desarrollo, sino también llevar a cabo acciones que le aseguren a los internos el pleno goce de los mismos.

9.10. En punto al derecho a la unidad familiar, se dijo que es la propia jurisprudencia constitucional la que reconoce la incidencia positiva que tiene el contacto del interno con su grupo familiar durante el tratamiento penitenciario, lo que coadyuva a que las restricciones que se adopten respecto al referido derecho deban ser las estrictamente necesarias para lograr los fines del establecimiento carcelario y el cometido principal de la pena que es la resocialización de los internos.

9.11 En ese sentido, tales limitaciones deben ser razonables y proporcionadas, de manera que se evite la desintegración y desarticulación de los vínculos filiales más próximos, en principio propiciadas por la reclusión de uno de sus integrantes, debiendo el Estado garantizar, en todo caso, que los internos puedan recibir visitas de familiares y amigos y puedan comunicarse con ellos, siendo tal hecho un factor fundamental en su proceso de resocialización, en cuanto permite desarrollar de mejor manera la condición de aislamiento en que se encuentran, e impedir que puedan llevar a cabo comportamientos riesgosos que pueda poner en peligro su propia vida e integridad personal, o la de terceras personas.

9.12. Como se mencionó en antecedente, tal obligación adquiere una mayor relevancia, si el grupo familiar del interno está integrado en parte por menores de edad, dada su condición de sujetos de especial protección y el carácter prevalente de sus derechos, lo que impone que se preserve el derecho a la unidad familiar, en la medida en que con su ejercicio se materializan otros derechos constitucionales, que, por lo tanto, dependen de él para su plena efectividad, y que, a su vez, contribuyen a la tarea de alcanzar el desarrollo armónico e integral de niños, niñas y adolescentes.

9.13. Siendo ello así, no obstante que la medida legislativa que se cuestiona puede

encontrar algún grado de justificación en el propósito de garantizar un mayor nivel de protección a los derechos de la población infantil que realiza visitas en centros de reclusión, la misma resulta a todas luces desproporcionada, inadecuada e innecesaria, en relación con las limitaciones que genera en el ejercicio de los derechos a la unidad familiar y a la dignidad humana, y con respecto al alcance claramente discriminatorio que produce. Ello, no solo en perjuicio de las personas privadas de la libertad, sino también de aquellos menores de edad que tienen un vínculo afectivo y estrecho con el recluso, y que al no ser parientes de este en el “el primer grado de consanguinidad o primero civil”, no pueden acceder de ninguna manera a la visita carcelaria y, por tanto, no pueden tener ningún tipo de contacto directo con su familiar cercano.

9.14. Con respecto a este último aspecto, se hizo claridad en el apartado quinto de las consideraciones generales de esta Sentencia, en el sentido de señalar que, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución Política, el concepto de familia no es único ni excluyente, de manera que, acorde con el pluralismo que la propia Carta promueve, la protección que el Estado debe brindar a la familia no se puede restringir exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones que surgen entre distintas personas a partir de la convivencia, y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad.

9.15. Sobre esa base, ha de reiterarse la posición adoptada por este Tribunal, a la que ya se hizo mención, que le atribuye a la familia un alcance dinámico, acorde con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, motivo por el cual las medidas que se adopten en torno a su alcance, no pueden partir de una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tiene las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellas.

9.17. El señor Procurador General, en el concepto de rigor, discrepa de la posición asumida en el presente fallo, tras considerar que el fin buscado con la restricción prevista en la norma acusada es legítimo desde la perspectiva constitucional. Como ya se anotó, la limitación que impone la disposición impugnada sobre los menores que pretenden acceder a los centros carcelarios del país, tiene como finalidad la protección de los derechos de los

niños, niñas y adolescentes, dada la evidente situación de riesgo que implica su permanencia en los establecimientos carcelarios y penitenciarios. Desde ese punto de vista, la medida resulta en principio razonable, pues reducir al máximo el número de menores de edad en los establecimientos carcelarios, es una forma de cumplir con el objetivo de proteger su integridad y seguridad. Sin embargo, insiste la Corte, la referida restricción no resulta ni adecuada ni necesaria, en la medida que implica un sacrificio desproporcionado de los derechos a la unidad familiar, a la dignidad y a la igualdad de las personas privadas de la libertad y de sus menores familiares, existiendo medios menos onerosos a los que se puede acudir para lograr el objetivo buscado.

9.18. A este respecto, se evidencia que el propio artículo 112A de la Ley 65 de 1993, al regular de manera especial el régimen de visitas de los menores de edad en las Cárceles y Centros de Reclusión del país, adopta un número importante y suficiente de medidas que cumplen con el mismo propósito perseguido por la restricción cuestionada, como es la de garantizar la seguridad y protección de los derechos de los menores, sin que las mismas conlleven sacrificios costosos a ciertas garantías constitucionales. En esa dirección, (i) la norma dispone que las visitas de menores de edad a los centros carcelarios pueden tener lugar “por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas”; (ii) prevé igualmente que durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se deben observar “mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales”; (iii) exige también que “los menores de 18 años deben estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable”; y, finalmente, (iv) le impone a los establecimientos de reclusión el deber de “contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente”.

9.19. Así las cosas, la medida que limita el ingreso de menores de edad a los centros carcelarios sólo a quienes se encuentren en el “el primer grado de consanguinidad o primero civil” con el recluso, no supera el examen de proporcionalidad, pues los beneficios que se derivan de su adopción, consistente en brindarle un mayor grado de protección a la seguridad e integridad de los niños, niñas y adolescentes, no superan las restricciones que ella conlleva frente al ejercicio de los derechos a la unidad familiar, a la dignidad humana y a la igualdad, siendo posible que el objetivo perseguido por la norma sea satisfecho a

través de medidas menos invasivas de los citados derechos.

9.20. La ausencia de proporcionalidad de la medida, surge del hecho de que en ella no se tiene en cuenta a un grupo de menores que, a pesar de no tener el vínculo exigido por la disposición acusada, sí conforman un lazo o unión familiar con las personas privadas de la libertad que debe ser igualmente protegido y garantizado por el Estado. Desde ese punto de vista, la expresión demandada establece un trato diferente entre los menores familiares de los reclusos, basado en el origen familiar y en el grado de parentesco que se tenga con la persona privada de la libertad, el cual resulta discriminatorio respecto de aquellos menores que, no obstante tener una relación afectiva y de familiaridad con el recluso, no se encuentran en el supuesto previsto en la norma acusada.

10. La decisión que corresponde adoptar a la Corte en la presente causa

10.1. Conforme ha sido explicado en el apartado anterior, la regla que limita la visita de menores de edad a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, a quienes se encuentren en el “el primer grado de consanguinidad o primero civil” con el recluso, presenta serios problemas de constitucionalidad, derivados de su alcance altamente restrictivo en punto al concepto de familia y a la igualdad de trato entre sus integrantes.

10.2. En ese contexto, aun cuando la medida impugnada persigue un objetivo constitucionalmente legítimo, como es el de contribuir a garantizar la integridad y seguridad de los niños, niñas y adolescentes, por la vía de reducir al máximo su ingreso a los centros de reclusión, la misma resulta desproporcionada frente a otras garantías constitucionales como la unidad familiar, la igualdad y la dignidad humana, en cuanto impide que los reclusos y sus familiares menores de edad que no se encuentran en el supuesto de la norma, puedan mantener un contacto personal durante el periodo de cumplimiento de la pena.

10.3. Tal y como lo ha puesto de presente esta Corporación, la Constitución Política y los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por Colombia, le reconocen a los menores de edad la condición de sujetos de especial protección, al tiempo que le otorgan a todos sus derechos el carácter de fundamental y prevalentes. En ese escenario, recae en el Estado la obligación de brindarles protección y asistencia, así como el deber de garantizar de manera reforzada las condiciones necesarias

para el pleno ejercicio de todos sus derechos, incluidos, por supuesto, los de unidad familiar, igualdad y dignidad humana.

10.4. Tratándose del derecho a la unidad familiar, frente a personas privadas de la libertad, se insiste, la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido su importancia no solo en el contexto de avanzar positivamente en el proceso de resocialización del interno, sino además, en el propósito de mantener los vínculos afectivos al interior del grupo familiar, particularmente, cuando del mismo grupo hacen parte menores de edad. Por ello, también ha considerado que las restricciones que puedan pesar sobre el referido derecho deben ser las estrictamente necesarias para impedir la desarticulación de la familia durante el proceso de reclusión y para evitar que los menores puedan verse afectados en el ejercicio de algunos de sus derechos a causa de verse privados del contacto con sus familiares privados de la libertad. Por tal razón, las restricciones de que puede ser objeto el derecho a la unidad familiar no pueden ser de tal entidad que terminen por afectar su núcleo esencial, en el sentido de hacerlo del todo nugatorio.

10.5. En relación con este último aspecto, lo ha dicho la Corte, la familia no puede ser dimensionada a partir de una concepción única y excluyente, sino amplia, motivo por el cual, la protección que el Estado debe ofrecerle no se limita exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos naturales o jurídicos, sino que se extiende también a todas las demás personas que de manera permanente se integran a la unidad doméstica o familiar, a partir de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia.

10.6. Sobre esa base, la tensión que surge entre la garantía de los derechos a la integridad y seguridad de los menores de edad, y los derechos a la unidad familiar, a la igualdad y a la dignidad humana también de los menores de edad y de los propios reclusos, en términos generales, ha de resolverse en favor de estas últimas, sobre la base de considerar que el propósito perseguido por la norma acusada, como es el de garantizar la integridad y seguridad de los menores, puede obtenerse a través de medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales antes mencionados. Medidas que, por lo demás, fueron definidas por el propio legislador en la misma norma acusada al regular aspectos relacionados con las condiciones de ingreso de los menores a las cárceles y establecimientos penitenciarios.

10.7. En ese sentido, considerando que el ingreso de los menores de edad a los establecimientos penitenciarios puede entrañar algún tipo de riesgo para el respeto y garantía de sus derechos y libertades, el ejercicio de ponderación que en el presente fallo se realiza en favor de la unidad familiar, la dignidad humana y la igualdad, exige, prima facie, que, correlativamente, el Gobierno Nacional, a través de las autoridades competentes, adopte y haga efectiva todas y cada una de las medidas que la propia norma acusada impone para garantizar la seguridad e integridad de los niños, niñas y adolescentes, y adopte cualquier otra que adicionalmente considere necesaria para el cumplimiento de dicho propósito. De ese modo, la visita de menores de edad a las Cárceles y Centros de Reclusión del país, deben llevarse a cabo, por lo menos, conforme con las siguientes reglas:

- Las visitas deben tener lugar en días distintos a aquellos en que se lleva a cabo la visita íntima.
- Las visitas deben realizarse en lugares especiales, habilitados para el efecto, diferentes a dormitorios y celdas, los cuales deben contar con vigilancia permanente durante el tiempo de duración de la visita.
- Durante la visita los menores deben estar acompañados de su tutor o tutora y, en todo caso, de un adulto responsable.
- En los días de visita de niños, niñas o adolescentes se deben adoptar mecanismos especiales y diferenciados de seguridad que permitan garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

10.8. De ese modo, atendiendo al alcance amplio del concepto de familia, independientemente del vínculo natural o jurídico existente, el régimen de visitas de menores de edad a las cárceles y centros de reclusión del país, debe extenderse a los niños niñas y adolescentes que tengan con el recluso un vínculo familiar estrecho a partir de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia; circunstancias que deben estar debidamente acreditadas ante la autoridad competente para efectos de que las visitas puedan ser autorizadas.

10.9. Ahora bien, no obstante lo anterior, en la tensión que se presenta entre la garantía

de los derechos a la integridad y seguridad de los menores de edad, y los derechos a la unidad familiar, a la igualdad y a la dignidad humana también de los menores de edad y de los propios reclusos, uno de los aspectos que debe ser objeto de una consideración especial es el relacionado con la naturaleza del delito por el cual ha sido procesado o condenado el interno que tiene derecho a la visita. Ello, en razón a que cierto tipo de comportamientos delictivos, como son precisamente aquellos en los que la víctima ha sido un menor de edad, puede generar un riesgo extraordinario a la seguridad e integridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que ingresan a los establecimientos carcelarios.

10.10 Bajo tales supuestos, la referida tensión resulta ser entonces más problemática, por el mayor grado de riesgo que para un menor implica la visita a una instalación carcelaria, cuando el visitado ha sido privado de la libertad, por ejemplo, por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o por delitos contra la familia, como puede ser en este último caso la violencia intrafamiliar, en los que la víctima ha sido un menor de edad, pues, en tales eventos, puede temerse una posible revictimización, derivada de una confrontación forzada o inducida de la víctima, o de menores cercanos a ella, y el propio victimario. En esos casos, resulta claro que la valoración sobre el ingreso de niños, niñas y adolescentes a los establecimientos carcelarios, aun dentro del supuesto de la norma acusada, debe llevarse a cabo a partir del principio del interés superior del menor, dentro del propósito de evitar la posible revictimización y de prevenir una potencial afectación de sus derechos y garantías fundamentales.

10.11. En esa ponderación, sin embargo, no cabe acudir a medidas extremas que hagan nugatorio el ejercicio del derecho a la unidad familiar, como sería la exclusión definitiva de las posibilidades de visita, que, por lo demás, no estaba prevista en la norma acusada, puesto que en cada situación particular sería preciso establecer las circunstancias a partir de las cuales tiene lugar la solicitud de visita. En consecuencia, si bien cabe pensar en un mayor grado de restricción, que puede llegar incluso hasta la decisión de negar las visitas, no puede ello hacerse de manera general e indefinida, puesto que en cada caso sería preciso evaluar aspectos concretos relacionados con las circunstancias de la condena, la naturaleza del delito, las condiciones del condenado y la calidad del visitante.

10.12. En consecuencia, si bien son apropiadas las medidas que la misma norma acusada impone para garantizar la seguridad e integridad de los niños, niñas y adolescentes,

considera la Corte que, en los eventos de condena por delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, las visitas deben rodearse, además, de especiales cautelas orientadas a preservar la integridad del menor y a excluir cualquier posibilidad de revictimización. Por eso, en los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes a los establecimientos carcelarios, debe ser autorizada previa valoración que lleve a cabo la autoridad competente sobre aspectos relacionados con la gravedad y modalidad de la conducta delictiva, las condiciones personales del recluso, el comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza y la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita.

10.13. En relación con este último aspecto, cabe advertir que el Código de la Infancia y la Adolescencia, la Ley 1098 de 2006, adopta medidas especiales en favor de los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de delitos, en particular, frente a los procesos judiciales que se siguen por esas causas. En esa dirección, el artículo 192 le impone a las autoridades judiciales que participan en los procesos por delitos en los cuales las víctimas han sido menores de edad, el deber de tener en cuenta, en las actuaciones que les corresponda adelantar, “los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley”. En plena armonía con dicho mandato, el artículo 193 del mismo ordenamiento le atribuye a las autoridades judiciales, entre otros deberes, el de velar para que en todas las actuaciones en las que participen niños, niñas y adolescentes, “se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos”, e igualmente, “porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo del proceso judicial de los responsables”.

10.14. Sobre esa base, estima la Corte que la autoridad que tiene a su cargo la responsabilidad de autorizar las visitas de niños, niñas y adolescentes, en los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, debe ser el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, a quien la ley le atribuye la competencia general de garantizar la legalidad de la ejecución de las sanciones penales, y dentro de ella, funciones específicas relacionadas, entre otras, con la verificación de las condiciones de cumplimiento de la pena, seguimiento a las medidas de integración social de

los internos y conocimiento de las peticiones formuladas por estos sobre aspectos vinculados al tratamiento penitenciario.

10.15. En efecto, el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), al regular el tema referente a las atribuciones que corresponde cumplir al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, le asigna a este, entre otras funciones, la de conocer “[d]e la verificación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad” (numeral. 6º). En plena correspondencia con dicha norma, el artículo 51 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014), le confía a dicha autoridad judicial las funciones de “[h]acer seguimiento a las actividades dirigidas a la integración social del interno...”, e igualmente, la de “[c]onocer de las peticiones que los internos o apoderados formulen en relación con el Reglamento Interno y tratamiento penitenciario en cuanto se refiera a los derechos y beneficios que afecten la ejecución de la pena”.

10.16. De conformidad con las consideraciones que han sido expuestas, es entonces claro para la Corte que la norma acusada, al regular de manera especial el régimen de visitas de los menores de edad en las Cárceles y Centros de Reclusión del país, y limitar la visita a quienes se encuentren en el primer grado de consanguinidad o primero civil con el recluso, presenta serios problemas de constitucionalidad, derivados de la afectación de la unidad familiar, la igualdad y la dignidad de la persona, cuando a partir de un criterio meramente formal, se restringe la posibilidad de visita a niños, niñas y adolescentes que tiene un grado estrecho de familiaridad con los reclusos.

10.17. No obstante lo anterior, no considera la Corte que para superar los problemas de constitucionalidad a los que se ha hecho expresa referencia, resulte apropiado declarar la inexequibilidad de la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, tal y como lo solicita el demandante, pues, al margen de que tal contenido no es por sí mismo inconstitucional, una decisión de ese tipo podría dar lugar a que el enunciado normativo pierda su sentido originario, desapareciendo el propósito perseguido por el legislador con la medida, cual es el de garantizar la seguridad e integridad de los niños, niñas y adolescentes, ante la evidente situación de riesgo que implica el ingreso y permanencia indiscriminada de menores a los establecimientos carcelarios y penitenciarios,

particularmente, frente a quienes no tienen una relación familiar próxima con las personas privadas de la libertad. Como ya fue explicado, el propósito protector de la norma impugnada resulta admisible desde la perspectiva constitucional, razón por la cual la misma debe mantener su vigencia en el ordenamiento jurídico, siempre y cuando no resulte incompatible con otros principios y derechos superiores como la dignidad humana, la igualdad, el interés superior del menor y su derecho a la familia.

10.18. En consecuencia, lo que procede en el presente caso es que la Corte adopte una decisión que le permita modular el entendimiento de la norma acusada al sentido en que la misma se aviene a la Constitución, para lo cual resulta oportuno acudir a la figura de las sentencias integradoras, en la modalidad de la sentencia aditiva, la cual se caracteriza, precisamente, “por producir una extensión o ampliación del contenido normativo examinado, sin el cual la disposición que se revisa resultaría contraria a la Constitución Política”[60].

10.19. Sobre este tipo de decisiones, la jurisprudencia de este Tribunal[61] ha puesto de presente que las mismas encuentran un claro fundamento en los principios de supremacía de la Constitución, que se deriva del artículo 4º Superior, y de efectividad y conservación del derecho, consagrados en los artículos 2º y 241 de la Carta Política, los cuales están presentes en el proceso de control de constitucionalidad. Al respecto, ha explicado la jurisprudencia que, sobre la base de que es a la propia Corte Constitucional a quien corresponde señalar los efectos de sus sentencias, lo que se busca a través de las sentencias integradoras en la modalidad aditiva, es “mantener vigente en el ordenamiento jurídico la norma que ofrece insuficiencias desde la perspectiva constitucional, en el sentido que le permite al órgano de control constitucional ajustar su contenido a los mandatos superiores parcialmente ignorados por el legislador”[62].

10.20. De ese modo, en aplicación de los principios de supremacía, eficacia y conservación del derecho, la sentencia integradora hace posible que se proyecten e integren los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, lo cual, a su vez, permite crear las condiciones para que la decisión que corresponda adoptar respecto de una determinada norma sea eficaz. Ello, teniendo en cuenta que “en muchas ocasiones una sentencia de simple exequibilidad o inexequibilidad resulta insuficiente, ya que ella podría generar vacíos legales que podrían hacer totalmente inocua la decisión de la Corte”[63].

10.21. En los términos expuestos, la Corte procederá a declarar la exequibilidad condicionada del artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, en el entendido que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. En los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita.

10.22. Dentro del propósito de hacer efectivo el cumplimiento de la presente decisión, la Corte exhortará al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, proceda a expedir la respectiva reglamentación en la que se incluya las visitas a las personas privadas de la libertad, de los niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con en interno, definiendo también las condiciones de seguridad en que deben llevarse a cabo tales visitas de conformidad con lo dispuesto en el presente fallo.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. Declarar EXEQUIBLE la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, bajo el entendido que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad,

surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. En los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita.

SEGUNDO. EXHORTAR al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, proceda a expedir la respectiva reglamentación en la que se incluya las visitas a las personas privadas de la libertad, de los niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con el interno, definiendo también las condiciones en que deben llevarse a cabo tales visitas de conformidad con lo dispuesto en apartado 10 de las consideraciones del presente fallo.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

Con aclaración de voto

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-026/16

RESTRICCION AL INGRESO DE MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Fundamentación de desproporción (Aclaración de voto)/DERECHOS DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Limitaciones a su ejercicio deben ser razonables y proporcionadas para evitar la desintegración y desarticulación de vínculos filiales (Aclaración de voto)

RESTRICCION AL INGRESO DE MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Trato diferente y falta de proporcionalidad al desconocer un grupo de menores de edad que no tienen vínculo pero conforman lazo o unión familiar con personas privadas de la libertad (Aclaración de voto)

FALTA DE LEGITIMACION DE PERSONAS CONDENADAS POR SUSPENSION DE DERECHOS POLITICOS PARA INTERPONER ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Reitera aclaración de voto de la sentencia C-387 de 2015 (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-10875

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 112 A (parcial) de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario” adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”.

Demandante: Rosendo Espitia Muñoz

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a aclarar mi voto en la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 3 de febrero de 2016, que por votación mayoritaria profirió la sentencia C-026 de 2016.

2. La providencia en que aclaro mi voto declaró exequible la expresión “primer grado de

consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112 A (parcial) de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario” adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones” bajo el entendido que “las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona derivada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. En los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario; (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita”.

A su vez, decidió “exhortar al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, proceda a expedir la respectiva reglamentación en la que se incluya las visitas a las personas privadas de la libertad, de los niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con el interno, definiendo también las condiciones en que deben llevarse a cabo tales visitas de conformidad con lo dispuesto en el apartado 10 de las consideraciones del presente fallo”.

3. La Corte estableció que el problema jurídico que debía resolver era “si la norma parcialmente acusada, por el hecho de limitar las visitas de las personas privada de la libertad por parte de menores de edad, sólo a quienes se encuentren en el “primer grado de consanguinidad o primero civil”, desconoce los derechos de la población carcelaria y de los niños, niñas, y adolescentes a una vida digna, a la igualdad y a la unidad familiar.” La posición mayoritaria de la Sala Plena determinó que el aparte acusado comprendía una medida desproporcionada, “inadecuada e innecesaria en relación con las limitaciones que genera en el ejercicio de los derechos a la unidad familiar y a la dignidad humana, y con respecto al alcance claramente discriminatorio que produce”.

Dicha desproporción se fundamentó en la obligación del Estado de garantizar a las

personas que se encuentran en una situación de especial sujeción ante éste, en este caso por estar privados de la libertad, el ejercicio de los derechos que no les han sido suspendidos y parcialmente aquellos que les han sido limitados o restringidos, con el objetivo de la resocialización. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido que las limitaciones a su ejercicio deben ser razonables y proporcionadas para que se evite la desintegración y desarticulación de los vínculos filiales más próximos y se debe garantizar que los internos puedan recibir visitas de familiares y amigos y comunicarse con ellos, para su proceso de resocialización. A su vez, en la importancia de la conservación de este vínculo para la garantía de los derechos de los menores.

Así, la decisión mayoritaria de la Sala Plena consideró que los beneficios que podría generar la norma en razón a la protección de los derechos de los niños no superaban las restricciones que esta conlleva sobre los derechos a la unidad familiar, a la dignidad humana y a la igualdad. Por lo tanto, la falta de proporcionalidad de la disposición se encontró en que desconoce un grupo de menores de edad que a pesar de no tener el vínculo exigido por la norma, sí conforman un lazo o unión familiar con las personas privadas de la libertad y establece un trato diferente con base en este criterio.

4. Aunque comparto plenamente la decisión adoptada y los fundamentos de ella, en la parte motiva se consignó un aspecto con el que no estoy de acuerdo. En efecto, la ponencia al analizar la petición del Ministerio Público de inhibirse de hacer un pronunciamiento toda vez que el demandante se encontraba privado de la libertad y por lo tanto suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos, la Sala Plena decidió reiterar la posición sentada en los autos 241 y 242 de 2015 y reiterada en la sentencia C-387 de 2015, en cuanto a considerar que las personas condenadas a quienes se les han suspendido los derechos políticos pueden interponer acciones de inconstitucionalidad ante esta Corporación, y por lo tanto, cabía realizar un pronunciamiento.

En consecuencia, reitero la posición que dejé consignada en la aclaración de voto de la sentencia C-387 de 2015 en la que expliqué por qué sostengo que las personas condenadas penalmente que han recibido como pena principal o accesoria la interdicción de sus derechos políticos, no pueden ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. A continuación lo que expresé en esa oportunidad:

a. La Constitución no hace distinciones frente a ciudadanos. Autoriza que todos los ciudadanos puedan interponer la acción pública de inconstitucionalidad (Art. 40-6)

b. El entendimiento de la Constitución debe actualizarse. Existe un derecho fundamental a acceder a la administración de justicia constitucional, que no puede ser restringido por el derecho penal de orden legal.

c. No se puede hacer una lectura limitada de estos derechos. Se debe dar una ampliación progresiva del grupo de ciudadanos titulares del derecho a demandar en acción pública.

d. Es preciso actualizar el entendimiento de la Constitución a la situación carcelaria del país.

6. En mi opinión, la jurisprudencia vigente deja de considerar varios elementos constitucionales importantes y ha generado una transformación de criterio que no es coherente en términos conceptuales ni sistémicos. En efecto, la posición mayoritaria resulta extra-inclusiva y genera confusiones sobre varios temas: la noción de la acción pública de inconstitucionalidad, la interpretación sistemática de la Carta Política, el entendimiento del concepto de ciudadanía y de los derechos políticos, así como la comprensión de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales.

Sostengo que la tesis más adecuada es que los sujetos condenados penalmente que también sean destinatarios de penas principales o accesorias de interdicción de derechos civiles y políticos, no deberían estar habilitados para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad por razones relacionadas con (i) el principio democrático y la noción de ciudadanía desde una interpretación sistemática de la Constitución; (ii) la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad y el derecho de acceso a la administración de justicia; y (iii) la comprensión integral de las potencialidades y límites de la acción pública.

Aquí reitero las afirmaciones que realicé a través del análisis de los argumentos adoptados por la mayoría en la sentencia C-387 de 2015 y que fueron acogidos en la decisión de la referencia.

7. Frente al primer argumento, que afirma que la Constitución no hizo distinciones entre los

ciudadanos para efectos de determinar la facultad de interponer la acción pública de inconstitucionalidad, es necesario considerar el concepto de la acción -como forma de activar el control judicial de constitucionalidad- y la interpretación sistemática de la Carta Política para entender la noción de ciudadanía que faculta a los sujetos a interponer la acción pública.

8. La acción pública de inconstitucionalidad, es un derecho político y por ende una conquista democrática. Su finalidad es la defensa del orden constitucional objetivo. Es un mecanismo que busca garantizar la integridad y la supremacía constitucionales. Tales propósitos implican que este instrumento no tiene como fin directo la defensa de derechos subjetivos, aunque esta pueda ser una consecuencia derivada de su ejercicio, resultado que puede ser más notorio en Estados con carencias institucionales fuertes. Por lo tanto, ya que se trata de una finalidad objetiva, no existiría un perjuicio para los derechos fundamentales de los ciudadanos que no puedan ejercerla de manera temporal, como resultado, por ejemplo, de la interdicción de derechos políticos impuesta como pena principal o accesoria.

9. Esta comprensión de la finalidad y naturaleza de la acción ha generado que en muchas partes del mundo sea cualificada: requiere de un número amplio de ciudadanos, de congresistas o de miembros de un partido para su presentación. No obstante, el régimen colombiano es más abierto y sólo exige que quien acuda a la figura, lo haga en calidad de ciudadano. La razón de ser de ese requerimiento, obedece a varias características ligadas con el principio democrático: (i) la acción de inconstitucionalidad faculta a quienes forman parte del juego democrático, a refutar e incluso desvirtuar por completo, la labor de sus representantes elegidos popularmente para legislar; (ii) se erige como un canal institucional para realizar este control; y (iii) pretende asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución. El control de las leyes en una democracia constitucional, que implica paralelamente el escrutinio de la labor de los representantes elegidos por voto popular, corresponde entonces, a quienes forman parte de ese juego democrático, que no son otros que los ciudadanos.

10. Ahora bien, la ciudadanía no puede ser confundida con la nacionalidad (art 96 CP). La ciudadanía, tal y como lo reconocen la filosofía política, el Derecho Internacional, la Constitución y la Ley, suele ser un atributo fundamental para el ejercicio de los derechos

políticos, en la medida en que precisamente es ella, la que da cuenta de que una persona forma parte de una comunidad política. Por esa razón, la ciudadanía puede ser sometida a requisitos y limitaciones, generales o específicos, como por ejemplo a condiciones de edad para sufragar o de pertenencia a un determinado país, lo que ofrecería limitaciones para la toma de ciertas decisiones democráticas, por ejemplo, a los extranjeros. Por lo tanto, no se trata de un conjunto de potestades ilimitado o en cabeza de todos los sujetos que se encuentran en el territorio de un Estado.

De hecho, la propia Constitución ha determinado que la ciudadanía es un atributo que puede ser suspendido temporalmente en virtud de decisión judicial (art. 98 CP). Efectivamente, quienes han sido condenados penalmente, resultan generalmente sometidos a penas accesorias de interdicción de sus derechos políticos aquí y en otros países del mundo, tradicionalmente durante el tiempo de cumplimiento de la pena. Desde una perspectiva ligada, en general, a la teoría política, se considera que estas medidas tienen un sentido porque sus destinatarios son personas que al cometer delitos graves desconocieron las reglas democráticas de su comunidad y, bajo ese supuesto, sólo pueden formar parte del juego democrático nuevamente, una vez hayan cumplido con las sanciones correspondientes.

11. Por otra parte, la interpretación sistemática de la Constitución -y no sólo del artículo invocado en la acción pública tomado de manera aislada- muestra buenas razones para que los sujetos condenados penalmente con interdicción de derechos civiles y políticos no puedan interponer acciones públicas de inconstitucionalidad: la calidad de ciudadano implica deberes (art. 95 CP) y por eso la ciudadanía se puede suspender por decisión judicial (art. 98 CP). Además, frente al argumento según el cual la Constitución no estableció expresamente en el artículo 40.6 de la Carta, que los legitimados para interponer la acción debían ser ciudadanos en ejercicio, al revisar la Constitución puede verse que ésta sólo habla de ciudadanos en ejercicio cuando establece la ciudadanía como un requisito para acceder a ciertos cargos públicos (artículos 98, 172, 177, 191, 232 CP, entre otros). De tal suerte, el argumento literal no es fuerte para adelantar un ejercicio hermenéutico completo, mientras que el argumento sistemático revela elementos que sí apoyan la posibilidad legítima de establecer ciertas limitaciones al ejercicio de la ciudadanía, entre ellas frente a la posibilidad de presentar la acción de inconstitucionalidad.

12. Como lo reconocen los autos 241 y 242 de 2015[64] y la sentencia C-387 de 2015, la jurisprudencia constitucional había sostenido hasta ahora que, quienes estén condenados, por sentencia en firme, a sanciones principales o accesorias que incluyan la interdicción de derechos civiles u políticos carecen de legitimación para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad. Esa tesis se ha fundado, en que:

(i) Toda pena de prisión lleva como accesoria una de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas, en virtud de la ley penal.

(ii) El derecho a instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad tiene la connotación de un derecho político, susceptible de ejercerse únicamente por quienes hayan alcanzado la ciudadanía y además estén en el ejercicio de ella.

(iii) Los derechos políticos se reservan a los nacionales, aunque la ley podría concederles a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en determinadas elecciones y consultas populares (CP art. 100).

(iv) La sola titularidad de estos derechos por parte de los nacionales no los habilita automáticamente para ejercerlos, ya que necesitan también adquirir la ciudadanía, lo cual se logra con la mayoría de edad y se acredita con la cédula.

(v) La ciudadanía puede perderse de hecho cuando se renuncia a la nacionalidad, y “su ejercicio [el de la ciudadanía] se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley” (CP art 98).

(vi) La ley ha dispuesto que en ciertos casos se puede suspender el ejercicio de la ciudadanía, a causa de la comisión de un delito sancionado con pena (principal o accesoria) de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas,

(vii) Si se suspende el ejercicio de la ciudadanía en virtud de una sentencia penal que imponga una condena de esa naturaleza, se pierde también legitimidad para interponer acciones públicas, por tratarse de un derecho político.

13. Considero que en este momento no existe un cambio constitucional que favorezca una interpretación de los derechos políticos de los colombianos o del concepto de ciudadanía, diferente a la sostenida hasta ahora por la Corte. Los autos 241 y 242 de 2015, sentencia

C-387 de 2015 insisten en que la Carta no hizo ninguna distinción en el artículo 40 entre ciudadanos, pero llegar a esa conclusión supone desconocer la Carta y su análisis sistemático, porque el artículo 95 regula los deberes del ciudadano y el 98 preceptúa los límites a la ciudadanía. Una lectura parcial de la Carta, sí supondría que la interpretación de la Corte -que se ha revaluado en esta ocasión- estaba errada. Con todo, ahora se fundamenta el cambio jurisprudencial en un solo artículo constitucional, pero antes se hizo una interpretación sistemática cuyas fuentes no han sido reformadas.

14. Con respecto al segundo argumento, es discutible la existencia de un derecho fundamental de acceso a la justicia constitucional que se materialice de manera esencial en la acción pública de inconstitucionalidad y, aunque existiera, podría ser limitado dentro de ciertos estándares. En efecto, los requerimientos para el acceso a la administración de justicia, en general, y a la constitucional, en particular, no son, per se, inconstitucionales o desproporcionados. Por otra parte, la justicia constitucional no se agota en la acción pública, existen varias acciones constitucionales para la defensa de derechos subjetivos. El mecanismo por excelencia es la acción de tutela, que justamente por esa razón no tiene ninguna restricción de acceso. No es válido reducir la justicia constitucional a una sola acción que ni siquiera pretende, de manera directa, proteger derechos subjetivos. Por lo tanto, no hay un sustento plausible que fundamente la obligación de que el ordenamiento garantice que cualquier ciudadano pueda acceder, sin ningún límite o requisito, a la justicia constitucional por medio de la acción pública de inconstitucionalidad. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de considerar inconstitucional el diseño de otras acciones, como la acción de nulidad por inconstitucionalidad y de otros mecanismos constitucionales de defensa de derechos que establecen límites y requisitos propios.

15. Además de la posición reduccionista que asimila la justicia constitucional a la acción pública de inconstitucionalidad y de la falta de consideración de la posibilidad de establecer límites y requisitos razonables a la misma, la posición vigente de la Corte genera una diferenciación indebida en el ejercicio de los derechos políticos al señalar que existe un derecho fundamental a acceder a la justicia constitucional, a través de la acción de inconstitucionalidad, para dejar de lado una reflexión paralela sobre los demás derechos políticos de los reclusos, como son el derechos a elegir, a ser elegido y de acceso a cargos públicos. Si el tema de la suspensión de la ciudadanía no es relevante para analizar la legitimación para presentar una acción de inconstitucionalidad ¿Por qué habría de serlo

para elegir y ser elegido? ¿Acaso no hay también un derecho fundamental a elegir y ser elegido? ¿Por qué ese derecho sí puede ser limitado? La argumentación del cambio de jurisprudencia no responde a ninguna de estas preguntas.

En consecuencia, la postura es incoherente. En efecto, no hace un análisis que considere la premisa fundamental según la cual los derechos fundamentales no son absolutos y tienen límites. Por tanto, no considera el análisis acerca de la racionalidad de esas restricciones, elemento fundamental para elaborar y aplicar una teoría que pretende cambiar la comprensión de un derecho. Una lectura sistemática de la Carta desde criterios de razonabilidad constitucional justifica que quienes se encuentren inhabilitados para ejercer derechos y funciones públicas, no puedan votar, no puedan ser elegidos y tampoco puedan imponer acciones de inconstitucionalidad. En efecto, se trata de sujetos que tienen restringido, en general, el ejercicio de sus derechos políticos, sin que ello afecte un supuesto derecho de acceso a la justicia constitucional, pues existen otras acciones que pueden proteger de mejor manera sus derechos fundamentales, por ejemplo la acción de tutela.

En mi opinión, la posición vigente parte de una idea errada del derecho de acceso a la justicia. En efecto, éste tiene límites y restricciones -el procedimiento, los distintos mecanismos de defensa, entre otros- que si bien pueden restringirla no implican un impedimento para su ejercicio. El acceso a la justicia, como otros derechos, no es absoluto. Por lo tanto, restringir el ejercicio de derechos políticos, y por ende la posibilidad de presentar la acción de inconstitucionalidad, no es un límite irracional al acceso a la justicia, aunque se trate de la justicia constitucional.

17. Si el argumento mayoritario se refiere al eventual impacto positivo de la acción pública de inconstitucionalidad en los derechos de los sujetos condenados penalmente, el análisis de la naturaleza de la acción no parece soportar una conclusión como la vigente, que considera que la acción puede mejorar las condiciones de esta población que, como ha reconocido esta Corte en sede de tutela, afronta un estado de cosas inconstitucional desde hace varios años. Si la acción protectora de derechos por antonomasia, la tutela, no ha logrado superar la situación ¿por qué habría de hacerlo una acción que no fue diseñada para defender derechos subjetivos? Al parecer, el fundamento de la posición pretende darle a la acción un alcance que no tiene, dados sus límites como instrumento de defensa

objetiva del ordenamiento.

18. El tercer argumento mayoritario según el cual la Corte debe seguir una supuesta inercia de ampliación progresiva en el constitucionalismo colombiano por medio de la eliminación de restricciones en ciertas acciones constitucionales, no es claro en términos políticos y filosóficos, pues tales límites encuentran justificaciones que no son soslayables en un esquema democrático. Es importante analizar los fundamentos de la pena de interdicción de derechos políticos como parte de la dinámica de la democracia.

Las personas privadas de la libertad y sometidas a penas de interdicción de derechos políticos, en principio, no pueden votar, no pueden desempeñar cargos de elección popular, no pueden posesionarse en cargos públicos, ni podían -conforme a la jurisprudencia constitucional tradicional- controvertir en sede judicial, el mandato de los representantes de los ciudadanos mediante la acción de inconstitucionalidad, hasta que cumplan con sus obligaciones penales. Estas previsiones constitucionales no carecen de sentido, por el contrario se soportan en el principio democrático, en la naturaleza de la acción pública de inconstitucionalidad y corresponden al establecimiento de límites razonables y proporcionados.

19. El supuesto “valor epistémico” -como lo llama la sentencia- de la “ampliación” de la legitimación para interponer la acción pública de inconstitucionalidad contradice la información que arroja cualquier ejercicio de Derecho Constitucional Comparado. Efectivamente, son muy pocos los países que cuentan con acción pública, casi todos la han instaurado de manera muy reciente, y los Estados que cuentan con la acción desde hace décadas, no parecen haber visto afectada la protección de los derechos de individuos en general o de los condenados en particular, por la falta de una acción de inconstitucionalidad que sea pública (ver por ejemplo Alemania, España, México, entre otros).

Por otra parte, la eventual mayor cantidad de legitimados para demandar no mejora la institución de la acción pública ni cualifica el control abstracto. Esta conclusión también se apoya en el Derecho Comparado, pues muchos países con altas exigencias para presentar la acción, también tienen mayores índices de protección de derechos pues ésta depende de múltiples factores y no parece particularmente relevante el carácter público de la acción de inconstitucionalidad. Con base en la evidencia, mal podríamos concluir, sin mayor

análisis, que dar legitimación a más personas para que interpongan la acción generará un cambio real en materia de protección de derechos. Es poco acertado confiar a la acción pública de inconstitucionalidad la transformación estructural frente a carencia de derechos.

20. Con respecto al cuarto argumento mayoritario, que defiende la tesis de la necesidad de actualizar el entendimiento de la Constitución debido a la situación carcelaria del país, creo que se trata de una tesis que parte de una premisa errada. En efecto, no es cierto que si se restringe -para el caso de los condenados- el derecho de acceso a la acción de inconstitucionalidad, se limita "la efectividad de todos los demás derechos y libertades e incluso la vigencia del Estado Constitucional"[65]. Esta afirmación confunde la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad con la acción de tutela, tal como lo expliqué previamente. En efecto, las personas privadas de la libertad son titulares de derechos fundamentales y no están excluidas de la protección del Estado. Las deficiencias de las instituciones en materia carcelaria no implican que las personas condenadas carezcan de derechos fundamentales y que la única acción pertinente para su defensa sea la acción de inconstitucionalidad. De hecho, puede ser la acción menos adecuada para la protección y salvaguarda celera de los derechos fundamentales de la población carcelaria condenada, si se tiene en cuenta su naturaleza y finalidad.

La conclusión que sostiene la posición mayoritaria, supone que la acción de inconstitucionalidad tiene un rol fundamental para superar la crisis de la situación carcelaria en Colombia, y parte de la idea de que es mucho más pertinente que la acción de tutela, que está dirigida precisamente a la protección inmediata de los derechos fundamentales. Esta afirmación es equivocada, pues la acción no fue diseñada para proteger derechos fundamentales ni tampoco para transformar deficiencias estructurales en la protección de estos derechos. Es imperativo reconocer los objetivos y los límites de cada acción para evitar la generación de falsas expectativas y de nuevos vacíos institucionales que, a la larga, perjudican la vigencia real del Estado Social de Derecho (art. 1 CP).

21. Por otra parte, el "principio evolutivo" que también sostiene la mencionada posición parte de una idea inexacta acerca de una supuesta evolución en la protección de derechos que garantiza la Carta Política. La Constitución ha previsto, desde que fue expedida, que todos los ciudadanos tienen acceso a los derechos derivados de su condición en los

términos fijados por ella y por la ley. La idea de que se avanza porque ahora incluimos a los sujetos condenados penalmente para que ejerzan la acción pública de inconstitucionalidad es, al menos, dudosa. La valoración de una supuesta evolución o avance no aparece sustentada en la sentencia C-387 de 2015 que reitera la posición sentada en los autos 241 y 242 de 2015. De hecho, la nueva posición de la Corte sobre la legitimación para interponer la acción pública puede tener una consecuencia opuesta en materia de derechos. En efecto, no parece equitativo ni justo que quien ha decidido romper las reglas de la legalidad y de la democracia no pueda ser destinatario de una restricción temporal en el ejercicio de un derecho político, límite razonable que no afecta de manera sustancial sus derechos fundamentales. Permitir que cuente con este derecho, en cambio, envía un mensaje erróneo a la sociedad acerca de la razonabilidad de las limitaciones a quienes han sido condenados penalmente. El argumento de la Corte supondría, en general, la ilegitimidad de ciertas penas.

22. De hecho, la actual posición de la mayoría en la Sala Plena genera un riesgo enorme al crear falsas expectativas en sujetos que padecen violaciones constantes a sus derechos fundamentales y, paralelamente, causa incongruencias en la percepción de los derechos políticos y la posibilidad de limitarlos.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO A LA SENTENCIA C-026/16

VISITA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD POR DELITOS CONTRA MENOR DE EDAD-Evaluación psicológica y conductual practicada al menor por parte de un Auxiliar de la Justicia como soporte previo a decisión de autorizar el ingreso a los centros de reclusión (Aclaración de voto)

PERSONA CONDENADA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y A LA ACCESORIA DE

INTERDICCION PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS-Posibilidad de presentar demandas en ejercicio de acciones públicas, como la de inconstitucionalidad, según lo que hasta hoy se ha entendido, contra normas que son posibles de cuestionarse por esa vía, pero no, bajo la perspectiva de que replanteamiento jurisprudencial se sustente en la ampliación progresiva, innovadora y aperturista de “derechos políticos” (Aclaración de voto)

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto acostumbrado, debo expresar que comparto la decisión que la Corte adoptó en la sentencia C-026 de 2016, en la que la Sala Declaró exequible la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, “bajo el entendido que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. En los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita y exhortó al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, proceda a expedir la respectiva reglamentación en la que se incluya las visitas a las personas privadas de la libertad, de los niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con el interno, definiendo también las condiciones en que deben llevarse a cabo tales visitas de conformidad con lo dispuesto en apartado 10 de las consideraciones del presente fallo”.

Sin embargo, estimo necesario aclarar mi voto en un aspecto de gran relevancia y que la Sala no consideró, y es el referente al imperioso beneficio que le aportaría al juez tener como soporte previo a proferir la decisión para autorizar el ingreso de menores de edad a los centros de reclusión, una evaluación psicológica y conductual que se le practicara al menor por parte de un Auxiliar de la Justicia Técnico - Científico, en el cual se determine (i) el grado de afectación psíquica que pudiere llegar a tener al ingresar al centro de reclusión; (ii) la existencia real de un vínculo afectivo entre el menor y el recluso; (iii) y las características del entorno y situación familiar del mismo.

Atendiendo la realidad carcelaria del país es notorio el estado de cosas inconstitucional, por la que atraviesa. Es así como esta problemática ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación [[66]] en los cuales se ha vislumbrado que la violencia, la corrupción, el hacinamiento y el mercado ilegal subsisten en el sistema carcelario. Factores que inciden en el desequilibrio para la salud mental del recluso y que bien podrían transmitirse a las personas que regularmente los visitan y aún más si son menores de edad aquellos que vienen a compartir o convivir en ese ambiente. Por lo que es claro que se requiere, para que estos ingresen de visita a una cárcel, que previamente un psicólogo evalúe su estado psíquico, de manera que, con ello, se asegure el cumplimiento del deber de protección a los niños que tienen el Estado, la sociedad y la familia.

Y es que en efecto, la norma acusada no lleva implícito una disgregación del concepto de familia, reconocido por la jurisprudencia constitucional, en el que se considera que está no se restringe exclusivamente a la conformada por virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a relaciones de hecho que surgen a partir de la convivencia y se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, por consiguiente resulta necesario asegurarse que el vínculo afectivo entre el menor y el recluso ciertamente existe, y que la situación y el entorno familiar sean propicias, de manera que la exposición directa del menor a una realidad traumática como la que constituye que un pariente se encuentre recluido en las circunstancias desfavorables del sistema carcelario, no le genere un choque psicológico tal, que afecte luego el normal desarrollo del menor, pues verbi gracia, pudiera darse el caso de menores que fueran más bien obligados a realizar las visitas a los familiares, lo cual se convertiría en un factor generador de miedo, incertidumbre e impotencia; situación que es menester determinar mediante un examen psicológico, que propendan por la protección del menor cuyos

derechos priman sobre todos los demás.

El Segundo aspecto en el que resulta necesario aclarar mi voto es el referente al replanteamiento de la jurisprudencia sobre la legitimación de una persona condenada a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, para instaurar acciones de inconstitucionalidad habida cuenta que, en su momento, me aparté de lo decidido en los Autos 241 y 242 de 10 de junio de 2015 y así mismo lo reiteraré en la aclaración de la sentencia C-387 de 2015.

En efecto, en aquella oportunidad, precisé que: “Comparto la decisión de mayoría de permitir en este caso la posibilidad de que los condenados a la pena de prisión puedan presentar demandas en ejercicio de acciones públicas, como la de inconstitucionalidad, según lo que hasta hoy se ha entendido, contra las normas que son pasibles de cuestionarse por esa vía, pero no, como adelante explico, bajo la perspectiva de que ese replanteamiento jurisprudencial de esta Corte se sustente en la ampliación progresiva, innovadora y aperturista de los denominados “derechos políticos”. Ello es así por cuanto en el horizonte en el que se proyecta semejante orientación, según algunas de las motivaciones que al efecto se ofrecen, no es posible vislumbrar hasta dónde llegarían los límites de ese desarrollo. Esto es, si por virtud de un entendimiento análogo, con implicaciones concatenadas, asociadas o consecuentes, estas personas también podrían ejercer el sufragio, participar en consultas populares, asumir ciertos destinos públicos o constituir partidos, movimientos o agrupaciones políticas, etc.

A mi juicio resultaba mucho menos escabroso asumir el replanteamiento jurisprudencial bajo el exclusivo enfoque de que el nuevo paradigma, en este caso, estaba incurso en la dinámica de fortalecimiento del ejercicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia, básicamente bajo la consideración de que el actuar del demandante se asemeja muchísimo, al punto de resultar en extremo difícil establecer diferencias, a una de las acciones que, por exclusión del texto del artículo 40, numeral 6, constitucional, sí pueden ejercer, en interés particular personas condenadas a prisión, las cuales no tienen vedada esa posibilidad, al menos jurídicamente, por cuanto no hacen parte de las manifestaciones propias de lo que hasta ahora se ha entendido como derechos políticos en este campo, esto es, interponer acciones públicas en defensa de la constitución de la ley y no en pos de beneficios personales.

En efecto, en esta oportunidad se presume que lo que el demandante básicamente pretende es beneficiarse de los efectos de la declaratoria de inexecutable del artículo 31 (parcial) de la Ley 599 de 2000, en cuanto establece que la pena imponible para los casos de concurso de conductas punibles debe ser la más grave según su naturaleza -cuya redacción encuentro confusa- o incompleta cuando plantea que la pena en estos casos será “aumentada hasta en otro tanto”

De manera que, bajo la perspectiva indicada, no actuaría movido o inspirado por hacer prevalecer un interés público o general derivado de la constitución o de la ley, sino en procura de que el resultado de su accionar repercuta en su propio beneficio, atendiendo las circunstancias de la condena que le fue impuesta. Así pues, el que el producto de su gestión ante el aparato jurisdiccional constitucional eventualmente involucre a otras personas no es, evidentemente, el propósito que lo guía sino las ventajas particulares que podría deducir a su favor si esta Corporación le brinda alcance a sus pretensiones.

De manera que si las acciones judiciales con fines personales o particulares no están catalogadas como expresiones de los derechos políticos al estar excluidas de las regulaciones del inciso 6 del artículo 42 constitucional en la medida en que no son públicas o, mejor, acentuadamente, no tienden a satisfacer intereses públicos y, por ende, con consideradas posibilidades inherentes al ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, a las que aun los condenados a prisión pueden acudir, no veo la razón por la cual en esta oportunidad, atendiendo la situación y la motivación del demandante, ya expresada, no pueda enjuiciar parcialmente una ley, en el aspecto que lo compromete, a objeto de lograr, básicamente un beneficio enteramente personal.

Es, desde la perspectiva aquí explicada que, en este caso, me sumo a la decisión de mayoría, debido a que, claramente, el actor no propugna por privilegiar o enaltecer una finalidad general o pública sino que actúa en pos de satisfacer sus propios intereses, a través del medio idóneo que el sistema de control constitucional nuestro le ofrece, perspectiva bajo la cual habría razones para excluir su accionar del ámbito de los derechos políticos para enmarcarlo en un ejercicio permitido del derecho de acceso a la administración de justicia, en virtud del cual bien podía promover todas las acciones inherentes a la defensa de sus derechos subjetivos, de rango legal o constitucional, a través de la acción de tutela o de la acción judicial pertinente.

El criterio que me asiste frente al caso dilucidado, si bien admite los obvios cuestionamientos que suelen gravitar en torno a temas tan polémicos como los jurídicos, casi todos instituidos, como se sabe, de un alto nivel de conceptualidad (el cambio de paradigma en este asunto es prueba fidedigna de ello) bajo la perspectiva que me he permitido plantear, tendría el mérito de superar la frágil dicotomía consistente en que la denominada labor de control abstracto que desarrolla la Corte es considerada producto del ejercicio de “derechos políticos”, en tanto que sus competencias en materia de control concreto, no guardaría relación con tales derechos sino que, por el contrario, constituirían meras expresiones del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia al cual pueden acudir todas las personas, incluidas las condenadas a prisión. De modo que, así entendidas las cosas, unas competencias, las primeras, serían fruto del ejercicio de acciones ligadas a los derechos políticos, en tanto que, las segundas, estarían desprovistas de dicho nexo.

Resulta empero que esa distinción en el actual estadio de la realidad que caracteriza el control constitucional en las modalidades indicadas resulta problemática por cuando, como hemos visto, en no pocos asuntos, el interés que persigue el demandante con su accionar no siempre se identifica con el que sería el propio de la acción que ejercita, lo cual dificulta establecer si la finalidad que su proceder judicial persigue es marcadamente político o si nada tiene que ver con ese tema sino, propiamente con los derechos subjetivos que le asisten, como al parecer sucede en este caso.

En efecto, no se puede perder de vista que el control de constitucionalidad de las leyes, de vieja raigambre en la tradición jurídica colombiana, y la revisión de las decisiones judiciales relativas a los derechos fundamentales, creada en la nueva Constitución, conforman, básicamente, las dos ramas que sirven de soporte a la jurisdicción ejercida por la Corte Constitucional y la relación existente entre esos dos ámbitos competenciales es reveladora del entendimiento que la misma Corte tiene del alcance e intensidad de sus poderes.

En este orden de ideas, no es aventurado afirmar que, en un principio, se impuso una especie de separación entre los dos ejercicios competenciales, de manera que en una parte se encontraba el control denominado normativo de carácter abstracto y eminentemente objetivo, propicio a la garantía de la juridicidad, mientras que en la otra estaba un control concreto y subjetivo, instado mediante la acción de tutela por los directamente interesados

en la situación particular que le servía de base.

La conciencia acerca de la aludida separación llevaba a interrogar si, en sede de revisión de las decisiones referentes a la acción de tutela, procedía variar los criterios doctrinales sentados en sede de control de constitucionalidad de las leyes, y antes de que la Corte pudiera intentar alguna respuesta teórica, los hechos fueron desvirtuando la rígida separación entre el control abstracto y el concreto.

En efecto, habiéndose pensado inicialmente que el uso progresivo de la acción de tutela iba a tener como consecuencia inevitable la notoria y decisiva disminución de las demandas mediante acción pública de inconstitucionalidad y la consiguiente pérdida de importancia de este mecanismo, en la práctica sucedió que el incremento de las solicitudes de amparo no produjo la disminución y menos aún la desaparición de la acción pública, sino su adaptación a las nuevas circunstancias y al tipo de Constitución adoptado en 1991.

Así, quienes demandaron en acción pública de inconstitucionalidad no siempre le plantearon a la Corte cuestiones teóricas, ni solo dedujeron pretensiones en exclusivo interés de la legalidad constitucional, al punto que la Corte debió admitir que si la solicitud de inconstitucionalidad había sido bien formulada, debía impartírsele trámite a la respectiva acción y adelantar el juicio de inconstitucionalidad requerido, con independencia de que lo que llegara a resolverse reportara, como efecto colateral, la protección de algún interés personal del demandante o le hiciera acreedor de un beneficio derivado de la expulsión del ordenamiento jurídico del precepto legal demandado.

Poco a poco el cumplimiento del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue penetrando en asuntos concretos, mas no a causa de un propósito de extensión de sus poderes que hubiera abrigado la Corte Constitucional, sino como resultado del carácter normativo de una constitución que, además de incorporar una extensa carga de derechos, asimiló el llamado “proceso de especificación”[67], que hizo titular de derechos al ser humano situado en condiciones específicas de su existencia, ya en razón de su pertenencia a determinados grupos, de las condiciones inherentes a las sucesivas etapas de la vida o a la vulnerabilidad impuesta por variados factores, para citar solo algunos casos.

A la mayor concreción de algunas cláusulas constitucionales se sumó la proveniente de ciertas leyes reguladoras de asuntos atinentes al interés especial de las gentes, pues a

despecho de los tradicionales rasgos de generalidad e impersonalidad que siempre caracterizaron a las leyes, el legislador tuvo que abordar situaciones cercanas al diario acontecer, para desarrollar la constitución, dar respuesta a algún interés importante, proteger a minorías discriminadas u ofrecer instrumentos destinados a sortear alguna crisis desatada por un desastre natural, de manera que en muchas ocasiones la ley demandada introdujo en el control de constitucionalidad aspectos concretos de la realidad.

A instancias ciudadanas, por ejemplo, con determinados requerimientos, la Corte ha aceptado conocer de demandas en contra de interpretaciones judiciales de leyes, lo que la ha conducido a hacer valer la condición normativa de la Constitución y a aclarar que la separación entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser tan tajante, existiendo una constitución que permea todo el ordenamiento jurídico, y que la autonomía e independencia de los jueces no ha de servir de mampara a la interpretación inconstitucional de la ley.

Lo abstracto del control de constitucionalidad de la ley queda reducido entonces a la sencilla constatación de que la demanda de inconstitucionalidad se propone en vía principal, sin que tenga su origen en algún pleito o litigio en trámite ante los jueces y no implica, por ende, que el juicio que recae sobre la ley deba ser depurado de todo elemento concreto o subjetivo y sacado de su contexto, cuya consideración viene exigida por la Constitución que sirve de fundamento a la incorporación jurisprudencial de doctrinas como la del derecho viviente que toma la ley en la manera como en la práctica ha vivido y ha sido interpretada para su aplicación por los jueces y también por los doctrinantes.

La jurisdicción constitucional y la ordinaria interactúan y ello significa que la constitucionalidad y la legalidad se mezclan de tal modo que los jueces tienen a su alcance la constitución y que la Corte Constitucional se ve obligada a interpretar la ley para efectos de decidir sobre la constitucionalidad de sus contenidos materiales, de donde se deduce que no cabe la separación radical, entre los asuntos de constitucionalidad y los de legalidad que permita sostener, como todavía pretenden ciertos sectores, que a la Corte le corresponde la Constitución y a los jueces la ley, sin ninguna posibilidad de relación.

El panorama que hasta aquí brevemente se ha trazado incide de manera decisiva sobre la tesis que, conforme ha sido advertido, inicialmente predicó la separación de las

competencias atribuidas a la Corte Constitucional para ejercer el control normativo, de la atribución para adelantar la revisión de las decisiones judiciales relativas a la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales, pues lejos de haberse consolidado la mentada dicotomía, el vigor de la acción pública de inconstitucionalidad surge también de su interacción con el cumplimiento de la función revisora sobre las decisiones referentes a los derechos fundamentales.

Así pues, la acción pública de inconstitucionalidad y la revisión de las decisiones referentes a la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales se complementan, pues, al fin y al cabo, la Carta es una sola y no existe una constitución para efectos del control normativo y otra utilizable únicamente para resolver todo lo que tenga que ver con la acción de tutela, lo que, por supuesto, implica una relación entre la Corte Constitucional y los jueces que trasciende el ámbito de la tutela, al igual que existe una relación entre la constitución y la ley que no se limita al control normativo de constitucionalidad, puesto que también se percibe en el caso del amparo de los derechos fundamentales, trátase de las decisiones que adoptan los jueces o de su revisión por la Corte Constitucional.

Me reafirmo entonces en la idea de que el demandante en este caso no actúa dentro del ámbito de los derechos políticos caracterizados por su naturaleza pública o general sino, en, últimas en defensa de sus derechos subjetivos, lo cual le brinda la posibilidad de acceder a la administración de justicia en los mismos términos en que puede hacerlo frente a todas las demás acciones de la misma índole y que no son consideradas expresiones de los derechos políticos”.

Fecha ut supra.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Salvamento de voto de la Magistrada

María Victoria Calle Correa

a la Sentencia C-026/16

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Protección del goce efectivo (Salvamento de voto)/ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Privación de todo contacto con persona indispensable para el desarrollo armónico e integral de niños, niñas y adolescentes conlleva afectación significativa (Salvamento de voto)

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL FRENTE A LA CRISIS CARCELARIA-Afectación de derechos de personas privadas de la libertad y personas vinculadas a esa situación (Salvamento de voto) ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL DEL SISTEMA CARCELARIO FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Afectación de derechos de los niños, niñas y adolescentes (Salvamento de voto)

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Se debe evitar restricción salvo que se trate de situación extrema en que el Estado no puede tomar medida de protección efectiva (Salvamento de voto)

DERECHOS DE LOS BEBES A NO SER SEPARADOS DE SU MADRE EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Reconocimiento constitucional (Salvamento de voto)/DERECHOS DE LOS BEBES A NO SER SEPARADOS DE SU MADRE EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Justificación de la decisión de autorizar el ingreso y permanencia durante primeros meses de edad (Salvamento de voto)

RESTRICCION AL INGRESO DE MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Trato diferencial que puede tener impacto en el derecho de unidad familiar (Salvamento de voto)

INGRESO Y PERMANENCIA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES INCLUSO BEBES A CENTROS CARCELARIOS-Protección del derecho a tener una familia y desarrollo armónico e integral (Salvamento de voto)

INGRESO DE MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A CENTROS CARCELARIOS-Trato distinto entre niñas, niños y adolescentes que tienen relación en primer grado civil o de consanguinidad con persona privada de la libertad y los

que no tengan tal relación (Salvamento de voto)

NORMA SOBRE VISITAS DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES FAMILIARES EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Exhortación al Gobierno vincula instancias y autoridades de las cuales dependa el diseño de políticas públicas para el goce efectivo de derechos protegidos (Salvamento de voto)

Referencia: D-10875

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 112^a (parcial) vigente, de la Ley 65 de 1993, Código Penitenciario y Carcelario.

Magistrada ponente

Luis Guillermo Guerrero Pérez

El goce efectivo de los derechos de los niños y de las niñas,

por encima, hasta en los momentos difíciles

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Corte Constitucional, salvo mí voto a la decisión adoptada en la sentencia C-026 de 2016,[68] en la cual se resolvió declarar exequible la regla legal acusada, de manera condicional,[69] y exhortar al Gobierno Nacional, para que regule la materia.[70] Son cinco las razones que me llevan a aclarar el voto en esta ocasión.

1. La protección del interés superior del menor, garantía del goce efectivo de los derechos fundamentales de toda niña y todo niño. La razón principal que justifica la decisión de la Corte Constitucional es, precisamente, la protección al goce efectivo de los derechos fundamentales de todo niño o toda niña.[71] Aunque es cierto que la cárcel es un lugar que implica riesgos significativos para toda persona menor (en especial, en un estado de cosas contrario a la Constitución), también lo es que privarla totalmente de todo contacto con una persona indispensable para su desarrollo armónico e integral, conlleva una afectación significativa, y en ocasiones graves, de sus derechos fundamentales. Tal tensión lleva a las autoridades estatales, de cualquier índole, a tener en cuenta ambos valores constitucionales, ponderarlos, protegerlos y, salvo situaciones dramáticas y extremas, no

restringir alguno de ellos de forma excesiva. Por supuesto, la solución que se adopte en la decisión legislativa, administrativa o judicial de la que se trate, no podrá anular completamente ni el contacto de la persona menor con la persona adulta privada de la libertad que sea importante en su desarrollo personal, ni dejar de considerar las medidas de seguridad y protección al menor en su vida, integridad personal y dignidad.

En la sentencia T-388 de 2013 la Corte Constitucional declaró que el estado penitenciario y carcelario nacional se encontraba en un estado de cosas contrario al orden constitucional vigente (estado de cosas inconstitucional) y reiteró buena parte de la jurisprudencia que se ha desarrollado con relación a los derechos fundamentales de las personas. La Corporación resaltó que la crisis carcelaria no sólo afecta los derechos de las personas privadas de la libertad (en detención o condena), sino de las personas vinculadas a esa situación. Son variados y diversos los casos: agentes de la fuerza pública, funcionarios miembros de la guardia o de las instituciones encargadas de la función carcelaria (quienes prestan los servicios de salud, los administradores, los encargados de trámite de ingresos de cosas, quienes sirven los alimentos o quienes hacen la limpieza, por ejemplo). Las respectivas parejas de la persona reclusa (en calidad de matrimonio o unión libre) y sus familiares y allegados, funcionarios públicos de diverso tipo que por alguna razón deben cumplir una función en la cárcel (fiscales o inspectores de sanidad, por ejemplo) o personas, ciudadanos en general, que por cualquier motivo asisten a la cárcel. Dentro de los diferentes derechos constitucionales que pueden verse afectados por el estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario nacional merecen especial atención aquellos de los sujetos de especial protección constitucional, dentro de los cuales se encuentran los niños y las niñas. Los derechos de esta población, que por regla general están por encima de los derechos de los demás (art. 44, CP), deben ser cuidados celosamente, en especial cuando se trata de menores en condiciones particulares que demandan altísimo cuidado y protección, como bebés o personas con grandes necesidades especiales.[72]

Por supuesto, salvo que se trate de una situación extrema en la cual se tenga amplia y clara evidencia de que el estado no puede tomar ninguna medida de protección efectiva, al menos temporalmente, se debe evitar una restricción total o al menos importante sobre los derechos de los niños y las niñas. De hecho, en el caso de los bebés, la jurisprudencia ha reconocido que el derecho constitucional a no ser separados de su madre, justifica la decisión de autorizar el ingreso de los bebés e, incluso, de su permanencia durante sus

primeros meses de edad. En efecto, se estableció que: “[...] no desconoce los derechos del menor, una norma legal al permitir su permanencia en un centro de reclusión, hasta los tres años, junto a su madre privada de la libertad, siempre que condiciones de vida adecuadas y sistemas de protección efectivos garanticen la prevalencia de los derechos de los niños y protejan el interés superior del menor, el cual puede consistir en algunos casos en que el menor sea separado de la madre por decisión del juez competente.”[73] La decisión fue unánime, aunque tres magistrados aclararon su voto, pues apoyaron una declaración condicionada, en aras de advertir sobre casos extremos que permitirían el distanciamiento temporal de la madre y en aras de indicar que la autorización de permanencia suponía, necesariamente, el deber de garantizar de forma inmediata el goce efectivo de los derechos fundamentales de tales bebés.[74]

2. Razonabilidad parcial de la medida acusada. La medida legal establecida por el legislador que fue acusada, fija una restricción en materia de visitas a personas menores de edad, con relación al ingreso a centros de privación de la libertad, al indicar que sólo pueden hacer cuando sean familiares de una persona reclusa, en el primer grado de consanguinidad o primero civil. Comparto con la Sala Plena la conclusión de que la regla legal acusada es irrazonable y desproporcionada, por lo que es constitucional, sólo si se entiende que también se permite también el ingreso a niños y niñas que tengan ‘un vínculo estrecho de familiaridad’, de acuerdo a una decisión judicial previa y concreta al respecto. Las razones que da la Sala, las cuales comparto en esencia, considero que pueden ser desarrolladas de la siguiente manera.[75]

La norma acusada supone una restricción importante de los derechos de los niños y de las niñas, puesto que no pueden ingresar a los centros para la privación de la libertad, salvo que tengan el primer grado de consanguinidad o primero civil de relación con la personas reclusa. Se establece por tanto un trato diferencial que, como bien señaló la Sala Plena en su sentencia, puede tener un impacto importante en derechos como el de la unidad familiar. Esto lleva a que el cargo presentado en contra de la norma en cuestión plantee la siguiente cuestión: ¿es razonable el trato diferente que se establece entre los niños y las niñas, al proteger a unos de manera radical impidiéndoles siempre el ingreso a la cárcel y las penitenciarías, así tengan personas allegadas determinantes para su desarrollo armónico e integral, en tanto que a otros y a otras (los del primer grado civil o de consanguinidad) sí se les permite el ingreso a tales centros, en razón, precisamente, de la protección de sus

derechos a la familia y al desarrollo armónico e integral?

Como lo ha indicado la jurisprudencia, en principio debe permitirse el ingreso e incluso permanencia de los niños y de las niñas (incluso siendo bebés) como una manera de proteger su derecho a tener una familia y al desarrollo armónico e integral, en especial, cuando el contacto afectivo más se requiera y más útil sea.[76] Es importante proteger a los menores de los peligros que los centros de reclusión conllevan, pero no al punto de sacrificar sus derechos impidiéndoles su ingreso, incluso cuando se trata de la reclusión de sus progenitores; eso sería claramente desproporcionado constitucionalmente. La medida acusada, como lo decidió la Corte, era parcialmente inconstitucional, por cuanto establecía un trato diferente que era razonable tan sólo parcialmente. Esto es, la medida acusada era parcialmente irrazonable.

En efecto, la regla legal acusada estableció un trato distinto entre dos grupos de niñas y de niños: por una parte, los que tienen una relación en primer grado (civil o de consanguinidad) con alguien privado de la libertad, a quienes se les permite el ingreso a las cárceles y penitenciarias, y, por otra parte, los que no tengan tal tipo de relación, a los que no se les permite el ingreso. El criterio con base en el cual se establece el trato diferente, por tanto, es el grado de cercanía de la relación del menor. Así pues, el objeto del análisis de igualdad en el presente caso consiste en establecer la razonabilidad constitucional del criterio de diferenciación introducido por el legislador entre los dos grupos de niños y niñas antes identificados. Al tratarse de una restricción importante sobre los derechos de una población especialmente protegida por la Carta Política (la imposibilidad permanente y total de ingreso a centros carcelarios y penitenciarios a toda persona menor de edad, salvo que se tenga una relación en primer grado civil o de consanguinidad con alguien allí recluido) debe ser sometida a un juicio de constitucionalidad estricto. En otras palabras, en este caso se considera que el trato diferente es constitucional si es razonable y proporcional en sentido estricto, esto es: si el trato desigual (i) busca un fin imperioso, (ii) por un medio no prohibido, (iii) necesario para alcanzar dicho fin y (iv) que no ponga en riesgo o afecte valores, principios o derechos constitucionales, de igual o mayor importancia a los que se pretende proteger con aquel trato distinto.

La regla en cuestión es irrazonable desde esta perspectiva, pues si bien busca un fin imperioso por un medio que no está prohibido constitucionalmente, si se trata de un medio

que no solamente no es necesario sino que, además, parece que ni siquiera es adecuado. Adicionalmente, como lo indicó la Sala Plena, es una medida desproporcionada. En efecto, (i) la norma busca proteger los derechos de los niños y de las niñas, en su vida, su integridad, su desarrollo armónico e integral y demás derechos constitucionales, lo cual es una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional. (ii) El medio (restringir el derecho de ingreso de los menores a un determinado lugar, salvo relaciones en primer grado) no está prohibido.[77] (iii) El problema es que el criterio no es necesario para lograr el propósito buscado, pues existen otros medios menos gravosos para alcanzarlo. De hecho, el criterio elegido por el legislador tampoco es totalmente adecuado, pues no permite alcanzar plenamente el fin buscado. El criterio usado ('tener una relación en primer grado' con alguien recluido de la libertad) es sobreinclusivo y subinclusivo a la vez. Es un criterio subinclusivo porque deja por fuera casos que deberían protegerse, a saber: a los niños y las niñas que se les debería dejar entrar a un determinado centro carcelario, en el que se encuentra recluida una persona con la que no tienen una relación en primer grado, pero sí un 'vínculo estrecho de familiaridad' fundado en aspectos tales como 'lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia'. Así, por ejemplo, una niña cuyos padres fueron asesinados y creció junto a la persona de la cual depende, una gran amiga de su madre a la que llama tía, pero con la cual no tiene relación alguna de parentesco. Pero a la vez, el criterio es sobreinclusivo, pues si bien identifica en principio casos en los que sí se debe permitir excepcionalmente el ingreso de los menores a las cárceles, existen casos en los que aun cuando se trate del padre o de la madre, no se debería permitir el contacto entre el menor y su respectivo progenitor. En principio no tendría sentido, por ejemplo, que se deje a un menor ir a visitar a un padre o madre que lo agredió sexual y físicamente y que intentó asesinarlo.

3. Una decisión correcta. La decisión adoptada por la Corte y lo que se resolvió en consecuencia, son actuaciones válidas, adoptadas en derecho. Como se dijo, se decidió mantener la existencia de la norma legal, permitiendo que se conservaran los beneficios por los que ésta fue aprobada, siempre y cuando el criterio establecido en tal norma se entienda de manera razonable, incluyendo aquellos casos que requieren protección y una lectura literal de la misma excluiría.

Haber declarado exequible pura y simplemente la norma hubiese dejado, irrazonable y desproporcionadamente, a muchos niños y niñas sin la protección a la que tienen derecho

otros menores que se encuentran en condiciones similares. Esta determinación hubiera implicado confirmar el carácter subinclusivo de la norma, dejando de lado muchos casos que merecen protección.

Lo contrario, haber declarado inexecutable los apartes normativos legales, hubiera llevado a que cualquier niño o niña, incluso aquellos que carecen de relación alguna con personas privadas de la libertad, pudieran entrar a las cárceles y centros penitenciarios. Hubiese implicado dejar en el ordenamiento una norma constitucionalmente irrazonable y desproporcionada, que hubiese acentuado de forma exagerada su carácter sobreinclusivo y exponer a muchos menores a los riesgos y amenazas que pueden enfrentar en un centro de privación de la libertad.

Ahora bien, debe resaltarse que la parte resolutive de la sentencia C-026 de 2016 establece un precedente importante y significativo al establecer no sólo condiciones de interpretación y lectura de la norma legal que fue acusada y juzgada, sino también las condiciones de aplicación de la misma. Es decir, se advierte que una relación en primer grado civil o de consanguinidad es protegida en tanto vínculo estrecho de familiaridad, fundado en criterios como 'lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia', y que, por tano tiene que protegerse igualmente aquellas otras relaciones de este tipo que le sea materialmente equiparables. Pero, adicionalmente, la Corte advierte que la norma queda condicionada a condiciones de aplicación, no sólo de lectura en sí misma considerada. Es decir, la Corte condicionó la norma legal a cómo ha de ser leída, pero también la condicionó a quién debe hacer tal lectura [en este caso, el respectivo juez de la República; un funcionario con la independencia necesaria para garantizar el goce efectivo de los derechos de los menores y de su interés superior]. La exequibilidad de la norma depende, por tanto, de que sea leída de forma razonable (ni sobre ni subinclusivamente), y también de que esta lectura la haga el juez correspondiente.

4. La familia es donde están los afectos. La sentencia C-026 de 2016 hace parte del conjunto de decisiones judiciales que han defendido fuertemente una versión material y no formal de la familia. El texto normativo que fue objeto de análisis incorpora, precisamente, una versión de familia básicamente formal, en la cual el tipo de relación que existe entre las personas se presupone por el grado de relación que se tenga, bien sea de sangre o civil. Por el contrario, el condicionamiento introducido por la Corte y su justificación en la parte

considerativa, reflejan la noción de familia no formal, amplia e incluyente, que respeta el carácter pluriétnico y multicultural de la nación y en la cual se ha fundado, entre otras, los recientes cambios de jurisprudencia en pro de la protección de los derechos de las personas que hacen parte de familias constituidas por dos personas del mismo sexo. Esta concepción amplia e incluyente de familia, que comparto y defiendo plenamente con mi voto, se recoge en algunos apartes de la sentencia. Por ejemplo:

“9.15. Sobre esa base, ha de reiterarse la posición adoptada por este Tribunal, a la que ya se hizo mención, que le atribuye a la familia un alcance dinámico, acorde con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, motivo por el cual las medidas que se adopten en torno a su alcance, no pueden partir de una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellas.

[...]

10.5. [...] lo ha dicho la Corte, la familia no puede ser dimensionada a partir de una concepción única y excluyente, sino amplia, motivo por el cual, la protección que el Estado debe ofrecerle no se limita exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos naturales o jurídicos, sino que se extiende también a todas las demás personas que de manera permanente se integran a la unidad doméstica o familiar, a partir de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia.” (acento fuera del texto original).[78]

Como insistió el Magistrado Ciro Angarita Barón en diferentes escenarios y contextos, la familia está donde están los afectos.

5. Competencias regulatorias. La Sala Plena de la Corte en la sentencia que acompañó con mi voto exhorta al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, expida una reglamentación que incluya los casos de niñas y niños (en términos constitucionales, esto es, hasta los dieciocho años), que deberían haber sido incluidos en el ámbito de aplicación de la norma estudiada, pero que sólo lo van a estar a partir de la declaratoria de exequibilidad condicionada que fue resuelta en esta oportunidad.

Es preciso decir que este exhorto se refiere a una de las maneras de enfrentar los vacíos y los riesgos que la actual situación normativa representa para los derechos fundamentales de los niños y las niñas que podrían tener derecho a ingresar a los establecimientos penitenciarios y carcelarios a partir de esta sentencia (C-026 de 2016). Por supuesto, como ocurre siempre que la Corte toma una determinación de este estilo, las autoridades constitucionales y legales legítimamente constituidas conservan plenamente sus facultades, funciones y competencias para poder cumplir con sus mandatos y deberes. En este caso, concretamente, para decidir de qué manera proteger y garantizar los derechos fundamentales de los niños y las niñas. El Gobierno Nacional, el Congreso de la República y las demás autoridades judiciales y administrativas relevantes, deberán entender que este exhorto que se hace en primer término para el Gobierno, como director y coordinador de la política criminal nacional, vincula a todas las instancias y autoridades de las cuales dependa, así sea parcialmente, el diseño, implementación, evaluación y rediseño de las políticas públicas de las que depende el goce efectivo del

derecho protegido por la Sala Plena de la Corte en esta oportunidad. Todas deberán actuar mancomunada y armónicamente para asegurar el goce efectivo de los derechos de los niños y las niñas que han sido protegidos mediante esta sentencia.

Así, estas cinco observaciones son las razones por las cuales aclaro mi voto a la sentencia C-026 de 2016.

Fecha ut supra.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-026/16

VISITA A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS POR MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Exhorto al Gobierno Nacional debió ser más específico en el sentido de establecer parámetros para desarrollar dicha regulación (Aclaración de voto)

VISITA A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS POR MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Corte supeditó autorización de ingreso a la demostración de la existencia del vínculo (Aclaración de voto)

VISITA A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS POR MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Condición de demostrar la relación de afecto debe estar sujeta al menos a dos elementos (Aclaración de voto)

VISITA A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS POR MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Prueba del vínculo debe ser rigurosa dada la especial protección de los menores de edad (Aclaración de voto)/PROTECCION A LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD-Consagración constitucional e Instrumentos internacionales de Derechos Humanos (Aclaración de voto)

PROTECCION A LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD-Creación, interpretación y aplicación de normas o reglamentos que afecten sus intereses debe consultar el interés superior del menor (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10875

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 112 A (parcial) de la Ley 65 de 1993 “por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “por medio del cual se reforman algunos artículos de la ley 65 de 1993, de la ley 599 de 2000, de la ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”

Demandante: Rosendo Espitia Muñoz

Magistrado Ponente:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, me permito aclarar el voto a la determinación adoptada por la Sala Plena dentro del expediente de la referencia. Para exponer las razones de mi aclaración haré una breve relación del contenido de la decisión y la consecuente exposición de los motivos que la justifican.

1. La sentencia C-026 de 2015.

1.1 La demanda de inconstitucionalidad fue interpuesta contra la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, “por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.”[79] Según el demandante, vulnera los artículos 11, 12 13, 44, 93 y 94 de la Constitución Política; el artículo 5-2 del Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 5-2, 10-3, 23-1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y los artículos 4, 5-2, 17-1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1.2 A juicio del actor, la limitación de visitas por parte de menores de edad a personas privadas de la libertad afecta los derechos fundamentales de los reclusos a una vida digna, a la igualdad y a tener una familia, por cuanto la reduce a los niños y adolescentes que se encuentren en primer grado de consanguinidad o primero civil con el penado, excluyendo la posibilidad de recibir a otros familiares menores de edad con quienes exista un estrecho vínculo familiar (v. g. los hijos de crianza, nietos o sobrinos).

1.3 También argumentó que la norma demandada presenta una discriminación al proporcionar las medidas necesarias para el ingreso de menores de edad al centro carcelario, sin justificarse por qué solo aplican a aquellos que se encuentren dentro del primer grado de consanguinidad o primero civil, y no para los demás familiares que pretendan mantener el vínculo afectivo con el familiar privado de la libertad.

1.4 La Corte analizó los cuestionamientos efectuados al aparte normativo demandado y concluyó que la limitación de las visitas de las personas privadas de la libertad por parte de

menores de edad, solo a quienes se encuentren en el “primer grado de consanguinidad o primero civil”, constituía una medida inadecuada, innecesaria y desproporcionada en relación con las limitaciones, que genera para la persona que se encuentra recluida en una cárcel o penitenciaria, en detrimento de sus derechos a la unidad familiar, la igualdad y la dignidad, cuando a partir de un criterio meramente formal, se restringe la posibilidad de visita a niños, niñas y adolescentes que tienen un grado estrecho de familiaridad con los reclusos.

1.5 Por lo anterior, esta Corporación declaró la “exequibilidad condicionada del artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, en el entendido que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. En los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita”.

1.6 Asimismo, dentro del propósito de hacer efectivo el cumplimiento de la decisión, se exhortó al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, proceda a expedir la respectiva reglamentación en la que se incluya las visitas a las personas privadas de la libertad, de los niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con el interno, definiendo también las condiciones de seguridad bajo las cuales deben llevarse a cabo tales visitas de conformidad con lo dispuesto en el presente fallo.

2. Motivos de la aclaración de voto.

Comparto la decisión adoptada por la Sala Plena en el sentido de declarar la exequibilidad condicionada de la normativa demandada. No obstante, considero que el exhorto al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, reglamente las visitas a las

personas privadas de la libertad por parte de menores de edad que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con el interno, debió ser más específico en el sentido de establecer algunos parámetros sobre los cuales se desarrolle dicha regulación.

De acuerdo con el exhorto, la reglamentación deberá estar encaminada a fijar las condiciones bajo las cuales los menores de edad puedan ingresar a cárceles, penitenciarías y centros de reclusión para visitar familiares reclusos con quienes mantengan un estrecho lazo afectivo. Sin embargo, la Corte supeditó la autorización de ingreso a que se “demuestre” la existencia del vínculo.

A mi juicio, la condición de demostrar la relación de afecto con el familiar privado de la libertad debe estar sujeta al menos a dos elementos: (i) una prueba documental, que eventualmente acreditaría la existencia del vínculo a través del registro civil de nacimiento, sentencias judiciales, declaraciones extrajudicial, informes por parte de autoridades administrativas como el ICBF, entre otras; y (ii) una evaluación psicológica, que resulta imprescindible para evidenciar el entorno familiar en el que se encuentra el niño o adolescente, identificar los verdaderos lazos afectivos que lo unen al recluso y medir el impacto que podría tener en la estabilidad emocional del menor de edad el ingreso a la cárcel o penitenciaría.

Si bien es cierto que el condicionamiento de la sentencia explica que el vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, debe ser producto de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia, también lo es que la prueba de su existencia debe ser rigurosa dada la especial protección de la que son objeto los menores de edad.

La anterior afirmación tiene sustento en el ordenamiento jurídico colombiano[80], que ha instituido un marco de salvaguarda para los niños al establecer que sus derechos prevalecen sobre las garantías de los demás y que son merecedores de una protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, quienes tienen la obligación de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, entre los cuales destaca como fundamentales la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, 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,

entre otros.[81]

En ese contexto de amparo de los derechos de los menores de edad, necesariamente se infiere que el mandato de protección debe reflejarse en todos los aspectos de la legislación. En esa medida, la creación, interpretación y aplicación de las normas o reglamentos que puedan afectar sus intereses debe consultar siempre el interés superior del menor.[82]

Lo anterior, aunado al estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario de Colombia[83], hacía necesario que esta Corporación fijara unos parámetros mínimos de evaluación como requisito previo en la reglamentación para autorizar la visita de niños, niñas y adolescentes a familiares reclusos en establecimientos penitenciarios. Esto no solo por la protección especial de que gozan los menores, sino también por la grave situación que atraviesan las cárceles del país, cuya realidad podría impactar de forma tal que ponga en peligro o afecte la estabilidad psicológica de los infantes.

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración a la decisión adoptada por la Sala Plena de esta Corte.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-026/16

VISITAS DE MENORES DE EDAD A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD CON PARENTESCO EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Restricción quebranta el derecho a la dignidad y unidad familiar de los reclusos (Aclaración de voto)/VISITAS DE MENORES DE EDAD A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD CON PARENTESCO EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Restricción quebranta el derecho a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes unidos por vínculos afectivos y familiares (Aclaración de voto)

CONCEPCION SOCIOLOGICA Y PLURAL DE FAMILIA-Jurisprudencia constitucional (Aclaración de voto)/MENORES DE EDAD CON VINCULO HASTA EL TERCER GRADO DE CONSANGUINIDAD, SEGUNDO CIVIL Y PRIMERO DE AFINIDAD-Razonabilidad de los antecedentes legislativos con estándares más flexibles (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD FRENTE A LAS VISITAS DE MENORES DE EDAD A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD CON PARENTESCO EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Restricción resulta inadecuada e innecesaria por ser excesiva (Aclaración de voto)

DEMANDA SOBRE VISITAS DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES A PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD CON VINCULO ESTRECHO DE FAMILIARIDAD-Se debió declarar la inexecutable de la expresión “en el primer grado de consanguinidad o primero civil”, toda vez que así las visitas hubieran quedado establecidas (Aclaración de voto)/VISITAS DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES A PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD CON VINCULO ESTRECHO DE FAMILIARIDAD-Norma contempla medidas para proteger la seguridad e integridad de menores de edad (Aclaración de voto)

EXHORTO AL CONGRESO-Objeto (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10875

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 112 A (parcial) de la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”” adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la ley 65 de 1993, de la ley 599 de 2000, de la ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones. ”

Actor: Rosendo Espitia Muñoz

Magistrado Ponente:

Luís Guillermo Guerrero Pérez

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte, aclaro mi voto en la sentencia C-026 de 2016 (M.P. Luís Guillermo Guerrero Pérez), fallo en el que esta Corporación decidió declarar exequible de manera condicionada la disposición acusada.

Comparto la decisión de la mayoría, en el sentido de que la disposición que restringe las visitas de menores de edad a personas privadas de la libertad a la existencia de un vínculo de parentesco correspondiente al “primer grado de consanguinidad o primero civil”, quebranta varios preceptos constitucionales en los que se sustenta la dignidad de los reclusos, el derecho a la unidad familiar (la cual solo puede ser restringida de manera razonable y proporcionada), y a su resocialización. Así mismo, el derecho a la igualdad de los niños, niñas y adolescentes unidos a la persona privada de la libertad por vínculos afectivos y familiares distintos a los previstos en la norma.

Asimismo, resaltó que la orientación del proyecto es correcta por cuanto se funda en (i) una concepción sociológica y plural de familia admitida por la jurisprudencia constitucional (v.gr. sentencias C-577 de 2011, C-278 de 2014, C-257 de 2015 et. al.); (ii) la razonabilidad que proveen los antecedentes legislativos en los que se habían previstos estándares más flexibles (menores de edad con vínculo hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo civil y primero de afinidad); y (w) en el principio de proporcionalidad, por cuando la medida - pese a perseguir una finalidad legítima como lo es la protección a los menores de edad que ingresan a los centros de reclusión- resulta inadecuada e innecesaria, por cuanto restringe de manera excesiva la posibilidad de visita a los reclusos por parte de niños, niñas y adolescentes que tienen un grado estrecho de familiaridad con los reclusos.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, disiento respecto de algunos argumentos que fundamentaron la posición mayoritaria de la Corte:

1. En primer lugar, considero que la fórmula que se propone para corregir la inconstitucionalidad (i.e. “vínculo estrecho de familiaridad”) es problemática por cuanto es ambigua y genera dificultades para su aplicación por parte de las autoridades penitenciarias. En su lugar, técnicamente hubiera sido más apropiado declarar la inexequibilidad de la expresión acusada (“en el primer grado de consanguinidad o primero civil”), toda vez que de esta manera las visitas hubieran quedado establecidas para los niños, niñas o adolescentes que sean familiares de los reclusos. Lo anterior hubiera sido suficiente, por cuanto la norma contempla una serie de medidas encaminadas a proteger la seguridad e integridad de estos menores de edad: (i) durante los días de su visita se deben observar mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales; (//) los menores de 18 años deben estar

acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable; y (iii) los establecimientos de reclusión deben contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.

2. Por otro lado, el proyecto acogido por la Sala Plena es contradictorio, por cuanto en el fundamento jurídico n° 9.18 se enuncia que la disposición demandada “adopta un número importante y suficiente de medidas” para garantizar la seguridad y protección de los derechos de los menores visitantes; pese a lo cual se exhorta al Gobierno para que realice una reglamentación que asegure dichos valores.

Es necesario recordar que el exhorto es un requerimiento realizado por la Corte Constitucional a las autoridades públicas (generalmente al Congreso de la República o en menor medida al Gobierno Nacional) para que se adecúe el orden normativo a la Constitución, en particular cuando se ha omitido una regulación que debe expedir de acuerdo con el texto superior, pero se concluye que la solución de dicha omisión, en razón de la naturaleza de la misma, se encuentra por fuera del ámbito de la competencia del juez constitucional, razón por la cual sólo cabe un llamado a la autoridad competente, para que en ejercicio de su potestad de configuración, proceda a hacer efectivos los mandatos constitucionales[84].

De esta manera, el exhorto realizado en la parte resolutive de la sentencia no parece tan necesario, como quiera que -como se mencionó supra- la propia Ley contempla una serie de medidas encaminadas a la salvaguarda de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Con fundamento en todo lo expuesto, aclaro mi voto a la presente providencia.

Fecha ut supra

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Sentencia C 504 de 2007.

[3] Sentencia C599 de 2009

[4] Sentencia C 577 de 2011

[5] Sentencia C 177 de 2014

[6] Sentencia T388 de 2013

[7] Sentencia C-387 de 2015.

[8] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las siguientes Sentencias: T-714 de 1996, T-153 de 1998, T-881 de 2002, T-1030 de 2003, T-490 de 2004, T-180 de 2005, T-317 de 2006, T-793 de 2008, T-115 de 2012, T-077 de 2013, T-388 de 2013, T-687 de 2013, T-422 de 2014, T-077 de 2015 y T-111 de 2015.

[9] Sentencia T-571 de 2008.

[10] Sentencia T-793 de 2008, reiterada en la Sentencia T-077 de 2013.

[11] Cfr. Sentencias T-535 de 1998, T-893A de 2006 y T-266 de 2013.

[12] Sentencia T-111 de 2015, citando el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2011. Párrafo 49.

[13] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-705 de 1996, T-153 de 1998, T-690 de 2010, T-324 de 2011, T-355 de 2011, T-266 de 2013, T-388 de 2013, T-678 de 2013, T-077 de 2015 y T-111 de 2015.

[14] Sentencias T-615 de 2008 y T-355 de 2011.

[15] Sentencias Ibídem.

[16] Sentencia T-596 de 1992.

[17] En relación con tal postura, caben las siguientes referencias relacionadas con el derecho Internacional de los Derechos Humanos, que también menciona la Corte en la Sentencia T-077 de 2015. El artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y

Políticos señala que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”. De igual manera, el artículo 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. En la misma dirección, la Observación General No. 21 al artículo 10 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, emitida por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, señala que “Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso”. También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe sobre los Derechos Humanos en Cuba, del año 2011, señaló que la persona privada de libertad no deberá ser marginado sino reinsertado en la sociedad, por lo que el Estado deberá cumplir un principio básico según el cual “no debe añadirse a la privación de libertad mayor sufrimiento del que ésta ya representa. Esto es, que el preso deberá ser tratado humanamente, con toda la magnitud de la dignidad de su persona, al tiempo que el sistema debe procurar su reinserción social”.

[18] Sentencia T-706 de 1996, reiterada, entre otras, en las Sentencias T-077 de 2013 y T-077 de 2015.

[19] Sentencia T-077 de 2015, reiterando lo expresado en la Sentencia C-261 de 1996.

[20] Sobre el tema, se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-261 de 1996, T-077 de 2013 y T-077 de 2015.

[21] “Artículo 142. El objetivo del tratamiento penitenciario es preparar al condenado, mediante su resocialización para la vida en libertad.

Artículo 143. El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible”.

[22] Sentencia T-077 de 2013, reiterando la Sentencia T-172 de 2012.

[23] Sentencia C-261 de 1996.

[24] Sentencia T-750 de 2003. “[cita original del aparte transcrito] Sentencia T-706 de 1996”.

[25] Sentencia C-417 de 2009.

[26] Consultar, entre otras, las Sentencias T-881 de 2002, T-615 de 2008 y T-355 de 2011.

[27] Sentencias C-271 de 2003, C-821 de 2005 y C-241 de 2012.

[28] Sentencia C-271 de 2003. Reiterada recientemente en la sentencia C-241 de 2012.

[29] Sobre el punto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C-821 de 2005 y C-241 de 2012.

[30] Sentencia C-241 de 2012.

[31] Sentencia C-241 de 2012.

[32] Cfr. Sentencia T-049 de 1999.

[33] Sentencia T- 447 de 1994.

[34] Sobre el carácter fundamental del derecho a la protección de la unidad familiar se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-278 de 1994, T-408 de 1995, T-5672 de 2009 y T503 de 2011.

[35] Sentencia T-502 de 2011.

[36] Sobre el alcance prestacional del derecho a la protección de la unidad familiar se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-T-527 de 2009 y T-502 de 2011.

[37] Sentencia T-572 de 2009, reiterada en la Sentencia T-502 de 2011.

[38] Sentencia T-669 de 2012.

[39] Sentencia T-669 de 2012.

[40] Sentencia T-017 de 2014.

[41] Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-274 de 2005, T-1275 de 2005, T-599 de 2006, T-844 de 2009, T-265 de 2011, T-669 de 2012, T-739 de 2012 y T-11 de 2015.

[42] Sentencia T-274 de 2005

[43] Sentencia T-669 de 2012.

[44] Ibíd.

[46] Sentencia T-435 de 2009.

[47] Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 117, del 21 de marzo de 2013.

[48] Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 117, del 21 de marzo de 2013. Proyecto de ley 256 Cámara.

[49] Exposición de motivos, Gaceta del Congreso 217, del 22 de abril de 2013. Pág 1.

[50] Gaceta del Congreso 668 del 2 de septiembre de 2013. Informe de ponencia para primer debate Senado, proyecto 23 de 2013 Senado - 256 de 2013 Cámara.

[51] Ibídem, Pág.27.

[52] Gaceta del Congreso de la República No. 117, del 21 de marzo de 2013. Pág 19.

[53] Gaceta del Congreso de la República, No. 217, del 22 de abril de 2013, Pág. 20.

[54] Comisión Primera Constitucional Permanente, Acta No. 42, del 29 de Abril de 2013.

[55] Gaceta del Congreso de la República No. 514, del 24 de julio de 2013. Pág 18.

[56] Gaceta del Senado de la República No. 668, del 2 de septiembre de 2013, Pág. 35.

[57] Gaceta del Congreso No.941, Senado de la República, del 20 de noviembre de 2013, Pág. 35.

[58] Gaceta del Congreso No. 1011, Senado de la República, del 6 de Diciembre de 2013, Pág 19.

[59] Sentencia T-111 de 2015.

[60] Sentencia C-1230 de 2005 y C-748 de 2009.

[61] Cfr. Sentencias C-083 de 1995, C-109 de 1995, C-688 de 2002, C-1230 de 2005 y C-748 de 2009, entre otras.

[62] Sentencia C-109 de 1995.

[63] Sentencia C-109 de 1995.

[64] No participé en la discusión y aprobación de estos autos por encontrarme en comisión de servicios.

[65] A-241 de 2015, MP María Victoria Calle Correa.

[66] Corte Constitucional. Entre otras las sentencias T-153 de 1998; T-256 de 2000; T-388, T-815, T-861 de 2013; T-762 de 2015, en las cuales se reitera el estado de cosas inconstitucional del Sistema Carcelario en Colombia

[67] Por su parte, el proceso de especificación supone el reconocimiento de derechos a sujetos y colectivos concretos (específicos) que se encuentran en situaciones especiales, implicando por tanto una idea de igualdad material. N. Bobbio se refiere a él como, “el paso gradual, pero cada vez más acentuado, hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos”. La especificación se han ido produciendo bien respecto al género (reconocimiento de diferencias específicas de la mujer respecto al hombre), bien respecto a la edad (derechos de la infancia, de la ancianidad), bien respecto a ciertos estados de la existencia humana (derechos de los enfermos, de las personas con discapacidad, etc.) BOBBIO, N., “Derechos del hombre y filosofía de la historia”, en El tiempo de los derechos, traducción de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, pp. 109 y ss.

[68] Corte Constitucional, sentencia C-026 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos; AV María Victoria Calle Correa; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Gloria Stella Ortiz Delgado; Jorge Iván Palacio Palacio; Luis Ernesto Vargas Silva).

[69] Bajo el entendido ‘que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. En los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario; (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita.’

[70] Se resolvió exhortar al Gobierno Nacional para que “[...] a través del Ministerio de Justicia, proceda a expedir la respectiva reglamentación en la que se incluya las visitas a las personas privadas de la libertad, de los niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con el interno, definiendo también las condiciones en que deben llevarse a cabo tales visitas de conformidad con lo dispuesto en apartado 10 de las consideraciones del presente fallo.”

[71] En términos constitucionales, ‘niño o niña’ es toda persona menor de dieciocho años. En este sentido los adolescentes suelen entenderse incorporados dentro de tales categorías. En la presente aclaración se emplean estos términos con este sentido constitucional.

[72] Discapacidades severas.

[73] Corte Constitucional, sentencia C-157 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa –con AV-; AV Jaime Córdoba Triviño y Eduardo Montealegre Lynett). En este caso se resolvió: “Primero.- Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, en los términos del condicionamiento fijado en el apartado seis punto cinco

(6.5.) de la parte motiva de la presente sentencia. || Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario”.

[74] Los Magistrados que aclararon su voto, resaltaron la postura que se le pidió a la Corte que aceptara, en los siguientes términos: “La ponencia original contemplaba, en su parte resolutive, un condicionamiento a la declaratoria de exequibilidad del inciso segundo de la disposición acusada en los siguientes términos: || Segundo — Declarar exequible el inciso segundo del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, en el entendido de que la falta de condiciones de vida adecuadas o de sistemas de protección del menor, apreciada en cada centro de reclusión, exige la adopción inmediata de un programa para asegurar el goce efectivo de los derechos de los niños, sin perjuicio de que, si se dan las causas legales, se justifique en un caso particular la separación de la madre y el menor de conformidad con los procedimientos encaminados a protegerlos.”.

[75] El argumento presentado en la sentencia C-026 de 2016 que comparto, se presenta en estos términos: “9.20. La ausencia de proporcionalidad [en sentido amplio] de la medida, surge del hecho de que en ella no se tiene en cuenta a un grupo de menores que, a pesar de no tener el vínculo exigido por la disposición acusada, sí conforman un lazo o unión familiar con las personas privadas de la libertad que debe ser igualmente protegido y garantizado por el Estado. Desde ese punto de vista, la expresión demandada establece un trato diferente entre los menores familiares de los reclusos, basado en el origen familiar y en el grado de parentesco que se tenga con la persona privada de la libertad, el cual resulta discriminatorio respecto de aquellos menores que, no obstante tener una relación afectiva y de familiaridad con el recluso, no se encuentran en el supuesto previsto en la norma acusada.” Corte Constitucional, sentencia C-026 de 2016.

[76] Ver por ejemplo la sentencia ya mencionada (C-157 de 2002).

[77] No permitir el ingreso de menores a ciertos lugares de manera permanente o bajo ciertas circunstancias, incluso lugares públicos, es una medida de uso frecuente de protección de los derechos de los menores que no está prohibida constitucionalmente.

[78] Corte Constitucional, sentencia C-026 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos; AV María Victoria Calle Correa; Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Gloria Stella Ortiz Delgado; Jorge Iván Palacio Palacio; Luis

Ernesto Vargas Silva).

[79] “ARTÍCULO 112 A VISITA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (Artículo adicionado por el artículo 74 de la Ley 1704 de 2014, el nuevo texto es el siguiente:) Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

Los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de niños, niñas y adolescentes, diferentes de las celdas y/o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente”. (Se subraya el aparte demandado).

[80] La vigencia de la protección a los derechos de los menores no solo se debe a su consagración en la Constitución, sino que también está contenida en varios instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos humanos, prevalecientes en el orden interno al estar ratificados por el Estado colombiano, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1946; la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” de 1969; el Protocolo adicional a los convenios de Ginebra de 1977; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1986; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de 1990; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los Agentes Diplomáticos de 1973; la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, de 1994; el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” de 1988; la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989; el Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile de 1991; y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la

utilización de los niños en la pornografía de 2000; entre otros

[81] Constitución, art. 44.

[82] Acerca del deber del Estado, la sociedad y la familia de propugnar por el interés superior del menor, esta Corporación en sentencia C-739 de 2008, sostuvo que: “Según la jurisprudencia constitucional, este principio “condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas de bienestar social, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños; siempre se ha de considerar, primordialmente, el interés superior del niño.[82]”[82] En otras palabras, el interés superior del menor “se revela como un principio, el cual implica una forma de comportamiento determinado, un deber ser, que delimita la actuación tanto estatal como particular en las materias que los involucra, el cual obtiene reconocimiento en el ámbito del ordenamiento jurídico internacional como en el nacional.”[82] En suma, es claro que los derechos y garantías de los niños son prevalentes en tanto que merecen un tratamiento prioritario respecto de los derechos de los demás y que las disposiciones en que se involucren dichos intereses deben interpretarse siempre a favor de los intereses del niño, que son intereses superiores del régimen jurídico.”

[83] Corte Constitucional, sentencias T-153 de 1998 y T-388 de 2014, entre otras.

Ver entre otras, sentencias C-473 de 1994, C-750 de 2008, C-728 de 2009, C-577 de 2011 y C-1053 de 2012.