

Sentencia C-154/07

DETENCION DOMICILIARIA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA-Norma que establece que procede solo para quienes son madres de hijos menores de doce años reduce desproporcionadamente el esquema de protección prevalente del menor de dieciocho años/DETENCION DOMICILIARIA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA-Concesión a madre de hijo entre los doce a dieciocho años

Constata la Corte que los criterios para negar la detención domiciliaria de la madre cabeza de familia no son sus condiciones personales, sino la edad del menor hijo. Ante el caso de dos madres cabeza de familia –o padre en similares condiciones-, una con un hijo menor de 12 años y otra con uno mayor de esa edad, el juez de garantías podrá conceder la protección a la primera, y deberá negarla a la segunda. De hecho, la aplicación estricta de la disposición impondría que la madre cabeza de familia que ha recibido el beneficio de la detención domiciliaria lo perdería el día en que su hijo cumpla los 12 años. Así pues, respecto de las madres cabeza de familia con hijos mayores de 12 años que no han cumplido los 18, el sacrificio es palpable: el niño pierde la oportunidad de vivir en su misma casa con la madre o el padre del que deriva el cuidado necesario. A pesar de que ciertos de los argumentos esbozados en la demanda sugieren que la necesidad de la presencia de la madre no es la misma en la temprana edad que a partir de los 12 años, esta Corte considera que la imposibilidad de que la madre asista al cuidado y crianza de un hijo mayor de 12 años trae serias repercusiones para su proceso de formación. La expresión “de doce (12) años”, contenida en el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 es inexecutable, no porque llanamente establezca una diferencia de trato entre los menores de 12 años y los mayores de esa edad, pues dicha diferencia de trato no es prohibida por los textos constitucionales y, en cambio, algunas normas legales avaladas por la Corte lo permiten, sino porque esa diferencia de trato en el caso de la norma sub judice reduce injustificada y desproporcionadamente el esquema de protección prevalente del menor de 18 años. No obstante, el juez deberá verificar en cada caso concreto que efectivamente se cumplan las condiciones de desprotección del menor para conceder el beneficio de la detención preventiva domiciliaria, es decir, debe tener en cuenta, siempre que analice su procedencia, el interés superior del menor.

DETENCION DOMICILIARIA DE MADRE CABEZA DE FAMILIA DE HIJO MENOR DE DIECIOCHO

AÑOS-Reglas jurisprudenciales sobre los criterios que debe tener en cuenta el juez para decretarla/DETENCION DOMICILIARIA DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA DE HIJO MENOR DE DIECIOCHO AÑOS-Debe negarse cuando la madre o el padre son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterio final que debe guiar al juez al estudiar beneficio de detención domiciliaria de madre o padre cabeza de familia

Esta Corte debe precisar que la declaratoria de inexecutable del aparte demandado no implica, de ninguna manera, que el beneficio de la detención domiciliaria deba automáticamente concederse a la madre o al padre de cualquier menor de 18 años, sin consideración a sus condiciones fácticas particulares. En ese sentido, corresponde al juez de control de garantías evaluar la situación del menor cuya madre o padre deben soportar una medida de aseguramiento, con el fin de determinar si resulta factible conceder el beneficio de la detención domiciliaria. Sobre este particular debe decirse que, en primer lugar, es requisito legalmente impuesto que el menor no cuente con otra figura paterna, es decir, que a quien debe imponerse la medida de aseguramiento sea la madre cabeza de familia o el padre que esté en dichas condiciones. En el análisis respectivo debe considerarse, por supuesto, la definición de madre cabeza de familia consagrada por la Ley 82 de 1993 así como los criterios identificadores suministrados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en esencia son los establecidos en la Sentencia SU-388 de 2005. De otro lado, la norma establece como requisito necesario que quien debe soportar la medida de detención preventiva efectivamente esté al cuidado del menor cuya protección se reclama. La Corte insiste que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores. Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.

DETENCION DOMICILIARIA DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA-Concesión a madre o padre de hijo con incapacidad física permanente/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-

Pronunciamiento sobre norma no demandada

A juicio de la Corte, la incapacidad mental permanente es apenas uno de los tipos de incapacidad que merece protección especial. En ese sentido, la medida resulta discriminatoria en cuanto que sólo protege a los discapacitados por razones mentales, dejando en desprotección a los hijos de personas procesadas que por razones físicas no pueden proveerse lo suficiente para su cuidado y manutención. En virtud de que la disposición señalada incluye un criterio de diferenciación que no se compadece con el rango de protección que ofrece la Constitución Política la Corte considera que el mismo es contrario a los preceptos fundamentales. Pese a que la norma que aquí se declara no fue expresamente demandada, esta Corporación considera legítimo acoger la petición de la Procuraduría en atención al precedente jurisprudencial aquí anotado. No obstante, en lugar de declarar la exequibilidad condicionada de la norma, como lo sugiere el Ministerio Público, la Corte declarará la inexecuibilidad de la expresión “mental”, contenida en la misma disposición, pues con ello se amplía el espectro de incapacidades que pueden ser amparadas por la ley. De este modo, la remoción de la expresión “mental” permite que hijos con incapacidad física permanente sean considerados para efectos de la concesión del beneficio de detención domiciliaria

TRATO DIFERENCIADO ENTRE MENORES DE EDAD-Posibilidad de establecerlo, siempre que no implique la reducción de la protección prevalente de la Constitución/DERECHOS DEL NIÑO- Esquema de protección no es igual en todas las edades

El régimen constitucional colombiano admite la posibilidad de señalar diferencias de trato entre personas menores de edad, siempre y cuando dichas diferencias no reduzcan el marco de protección prevalente dispuesto por la Constitución. Tales diferencias -es claro- deben estar acordes con el grado de formación del individuo. En este aspecto, la Corporación reconoce que el legislador tiene un margen amplio de valoración, que, en todo caso, no puede eliminar los estratos mínimos de protección asegurados ya por la Carta. Ahora bien, del hecho que la Corte haga especial énfasis en la necesidad de garantizar el esquema prevalente de protección de los derechos de los niños no se sigue que la Corporación proscriba los tratamientos diferenciados que implican ciertas graduaciones en los niveles de protección del menor. De acuerdo con lo dicho precedentemente, el legislador puede establecer diferencias de trato entre menores de edad, por lo que también puede establecer

distintos grados de protección acordes con el grado de madurez del niño. Así entonces, es posible afirmar que el esquema de protección de los derechos de los niños no es igual en todas las edades, no es rigurosamente equivalente para el que tiene un año que para el que tiene 18; por el contrario, admite graduaciones, modulaciones y matices sensibles al proceso de desarrollo del individuo, que en todo caso deben ser estudiadas por el juez en las circunstancias concretas de la norma.

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Alcance

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Armonía con normas internacionales

DERECHOS DEL NIÑOS-Protección prevalente no es exclusiva del Estado

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Reconocimiento en el derecho internacional

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Constituye la finalidad de toda política pública

DERECHOS DEL NIÑO-Protección prevalente hasta los dieciocho años

NIÑO-Concepto

NIÑO-Ser humano menor de dieciocho años

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO-Concepto

DETENCION PREVENTIVA-Definición

DETENCION DOMICILIARIA-Casos en que procede

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES-Ponderación ante conflicto

JUICIO DE PONDERACION Y DERECHOS DEL NIÑO-Aplicación de examen de constitucionalidad de mayor rigor cuando se trata de medidas que restringen esquema de protección del menor

Los derechos de los niños, los que han sido catalogados por la Constitución Política como fundamentales y prevalentes, poseen un peso abstracto que debe ser respetado por el

intérprete, pues refleja una intención manifiesta del constituyente que establece un sistema de protección reforzada de los menores de 18 años. En esa medida, aunque la presencia de un principio constitucional de cierto peso abstracto no hace inocuo el juicio de ponderación, sí demarca una clara línea de solución a la colisión de principios. El juez constitucional reconoce, por tanto, que una medida que restrinja el esquema de protección del menor, porque limita el goce de sus derechos fundamentales prevalentes, debe ser sometida a un examen de constitucionalidad de mayor rigor que establezca si el sacrificio al que se someten dichas garantías se justifica necesariamente en aras de la satisfacción de los intereses que se le contraponen. En otros términos, el juicio de ponderación debe dirigirse a establecer si el sacrificio infligido a los derechos de los menores es rigurosamente necesario frente al beneficio perseguido por la norma.

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Presupuestos jurisprudenciales para que una mujer sea considerada como tal

MUJER CABEZA DE FAMILIA-Protección busca amparar a la familia

Referencia: expediente D-6388

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 5º (parcial) del artículo 314 de la Ley 906 de 2004

Actor: Miller Alfonso Ramírez Solórzano

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil siete (2007)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Doctores Rodrigo Escobar Gil, -quien la preside- Jaime Araujo Rentería, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Marco Gerardo Monroy Cabra, Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere esta sentencia con fundamento en los siguientes,

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Miller Alfonso Ramírez Solórzano, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecuibilidad de la expresión “de doce (12) años”, contenida en el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal.

Mediante Auto del 27 de julio de 2006, el magistrado sustanciador admitió la demanda, dispuso su fijación en lista, 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 comunicar la iniciación del proceso al Ministerio del Interior y de Justicia, a la Defensoría del Pueblo, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

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

II. TEXTO DE LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto del artículo acusado, y se subraya y resalta el aparte demandado.

LEY 906 DE 2004*

(31 de Agosto)

“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”.

“Artículo 314. Sustitución de la detención preventiva. La detención preventiva en establecimiento carcelario podrá sustituirse por la del lugar de residencia en los siguientes eventos:

“1. Cuando para el cumplimiento de los fines previstos para la medida de aseguramiento sea suficiente la reclusión en el lugar de residencia, aspecto que será evaluado por el juez al momento de decidir sobre su imposición.

“2. Cuando el imputado o acusado fuere mayor de sesenta y cinco (65) años, siempre que su

personalidad, la naturaleza y modalidad del delito hagan aconsejable su reclusión en el lugar de residencia.

“3. Cuando a la imputada o acusada le falten dos (2) meses o menos para el parto. Igual derecho tendrá durante los (6) meses siguientes a la fecha del nacimiento.

“4. Cuando el imputado o acusado estuviere en estado grave por enfermedad, previo dictamen de médicos oficiales.

“El juez determinará si el imputado o acusado debe permanecer en su lugar de residencia, en clínica u hospital.

“5. Cuando la imputada o acusada fuere madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años o que sufre incapacidad mental permanente, siempre y cuando haya estado bajo su cuidado. En ausencia de ella, el padre que haga sus veces tendrá el mismo beneficio.

“La detención en el lugar de residencia comporta los permisos necesarios para los controles médicos de rigor, la ocurrencia del parto, y para trabajar en la hipótesis del numeral 5º.

“En todos los eventos el beneficiario suscribirá un acta en la cual se compromete a permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las

autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez”

III. LA DEMANDA

1. Normas constitucionales que se consideran infringidas

Considera el actor que la disposición acusada vulnera los artículos 13, 44 y 93 de la Constitución Política.

2. Fundamentos de la demanda

Según el actor, la norma demandada es inconstitucional porque impide que la madre o el

padre cabeza de familia del hijo mayor de 12 años, pero menor de 18, reciba el beneficio de la detención preventiva en el lugar de residencia, a cambio de la detención en establecimiento carcelario.

A juicio del demandante, la norma desconoce que, para los efectos legales, todo menor de edad tiene los mismos derechos, por lo que los menores de 18, pero mayores de 12, deben recibir el mismo tratamiento que los menores de 12 años. Sostiene que la vulneración no sólo lo es de la Constitución Política, sino de la Convención sobre los derechos de los niños, que consagra el mismo trato a todo menor de 18, sin distinciones.

Sostiene que la palabra 'menor' debe cobijar a todo menor de 18 años, por lo que la posibilidad de que la madre o padre cabeza de familia pueda cumplir su detención preventiva en el lugar de residencia debe extenderse a todos los casos en que exista un hijo menor de edad.

Según su criterio, se acoge más a la protección al menor el artículo 4º de la Ley 750 de 2002 que permite la ejecución condicional de la pena en el lugar de residencia de la madre con hijos menores de edad. Tal circunstancia se replica en el caso de la Ley 82 de 1993, que beneficia a las madres de hijos menores de edad.

Aduce que según el artículo 44, los derechos de los niños se garantizan hasta los 18 años, por lo que los hijos mayores de 12 años que no han adquirido la mayoría de edad también tienen derecho a la medida residencial de sus padres. A la misma conclusión se llega si se repara en el carácter preeminente de los derechos de los niños, reconocido ampliamente por la Corte Constitucional, una de cuyas sentencias cita in extenso.

IV. INTERVENCIONES

1. Intervención de la Academia Colombiana de Jurisprudencia

En representación de la Academia en cita, intervino en el proceso el abogado Fernando Arboleda Ripoll para solicitar a la Corte la declaración de exequibilidad de la norma acusada.

En criterio del académico, la norma demandada debe interpretarse en el contexto de la restricción de los derechos de quienes han transgredido el orden jurídico y derivan por ese

hecho consecuencias negativas y desfavorables en el ámbito de sus derechos personales y no en el contexto de la regulación de los derechos de los menores.

Desde esa claridad, el interviniente asegura que en la medida en que ningún derecho es absoluto, los de los menores también pueden verse afectados por razones justificadas. Por ello, la medida atacada busca establecer un límite entre los menores que podrían verse más afectados por la medida restrictiva de la libertad de sus padres, que a su juicio, son los menores de 12 años. De extenderse la protección a los mayores de 12 años, dejaría de ser la norma una medida efectiva de contención que abriría una zona de inmunidad perjudicial para las investigaciones penales.

Sostiene que la privación de la libertad se considerar en el desarrollo jurídico actual como una medida de excepción. En esa medida, el sistema ha creado alternativas a la restricción, de las cuales es ejemplo la de la norma demandada. La disposición en juicio pretende contrarrestar las consecuencias negativas de la privación de la libertad en el grupo más vulnerable, resolviendo con ello la tensión entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prelación de los derechos de los niños. Por ello, la norma es a su juicio razonable y proporcionada, pues ha fijado un tope en la población más vulnerable. La generalización sugerida por el demandante no es suficiente para declarar inexecutable la regulación -dice-, porque la sola alusión a la condición de menor no es indicativa de referirse a un parámetro legal que defina esa condición.

Considera finalmente, no obstante, que de ampliarse la protección referida a todos los menores de edad, debería imponerse, como ocurre con el artículo 314 del Código, una potestad discrecional a disposición del juez para que evalúe las condiciones de cada caso en concreto y establezca la procedencia de la medida, con lo cual se dotaría al mecanismo de mayor razonabilidad y no se libraría la resolución al criterio meramente formal de la demanda.

2. Intervención de la Defensoría del Pueblo

En representación de la Defensoría del Pueblo, intervino en el proceso la abogada Karin Irina Kuhfeldt Salazar, con el fin de solicitar a la Corte la declaración de inexecutable de la frase demandada.

A juicio de la Defensoría, la protección a la familia monoparental surge a propósito de la protección a la madre cabeza de familia dispensada por la Ley 82 de 1993, que luego se extendió por vía jurisprudencial al padre cabeza de familia. La jurisprudencia estableció en esos casos que no se justificaba la discriminación a los menores bajo el cuidado de sus madres, respecto de aquellos que en las mismas condiciones estaban bajo la custodia de padres cabeza de familia, por lo que debe entenderse que las previsiones referidas a las mujeres y padres cabeza de familia buscan la protección de los derechos de los menores.

Ahora bien, la Defensoría sostiene que el principio de igualdad obliga al legislador a conferir trato equivalente a personas puestas en condiciones similares, pero que puede el juez constitucional juzgar si dicha premisa ha sido respetada. En el caso de la norma bajo estudio, que tiene antecedente en la Ley 750 de 2002, la norma establece un trato diferenciado no justificado entre los padres y madres de hijos menores de 18 años, pero mayores de 12 años y entre los hijos mismos, respecto de sus padres sometidos a una medida restrictiva de la libertad.

Sostiene que las medidas que habilitan un trato diferenciado para los menores buscan elevar sus prerrogativas, pero la que es objeto de censura no consigna ese propósito. Indica que el objetivo primordial es velar por el interés del menor, garantizando la presencia de sus padres, lo cual constituye una realización del artículo 44 de la Carta Fundamental. Por ello, la norma demandada genera en los menores edad mayores de 12 años una desprotección que excede los márgenes constitucionales, pues establece un trato diferenciado no justificado.

En la misma línea, el artículo 314 establece una diferencia de trato no justificada entre incapaces mentales y físicos, por lo que la norma también incurre en otra inexecutable que debe ser declarada por la Corte.

3. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

En representación del Ministerio de la referencia, intervino en el proceso el Director de Ordenamiento Jurídico del Ministerio, abogado Fernando Gómez Mejía, para solicitar a la Corte declarar exequible la norma acusada.

Sostiene el Ministerio que a pesar de que menor de edad es todo menor de 18 años, la evolución del ser humano obliga a considerar diferentes etapas de madurez que admiten

diferencias de trato. Por ello, la ley demandada pretende amparar a los menores de 12 años, que considera más vulnerables, y reconoce que quienes han superado esa edad tienen un grado mayor de madurez que permite un trato diferenciado.

Desde la teoría de la educación infantil, el interviniente advierte que a los 12 años el menor se considera apto para desarrollar operaciones formales de socialización y que desde temprana edad alcanza capacidades intelectivas, de desarrollo moral y autorregulación que permiten afirmar que entre los 12 y los 14 años el menor puede integrarse a la sociedad con el fin de obtener metas personales.

Por las razones previstas, el Ministerio solicita que se declare la exequibilidad de la norma demandada.

De manera extemporánea, intervinieron en el proceso la facultad de jurisprudencia de la Universidad El Rosario, que solicitó la declaratoria de inexecuibilidad de la norma demandada, y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que elevó la misma petición.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Aceptados los impedimentos presentados por el Procurador y el Viceprocurador General de la Nación para emitir concepto de fondo en el asunto de la referencia, la Procuradora Auxiliar para asuntos constitucionales, Carmenza Isaza Delgado, solicitó a la Corte Constitucional declarar inexecutable la norma acusada, y la exequibilidad condicionada del resto del artículo.

A juicio de la representante de la Procuraduría, la finalidad de la norma acusada es la de establecer una alternativa jurídica para la madre o padre cabeza de familia que tenga que soportar una detención preventiva, con el fin de proteger los intereses superiores de los niños, independientes de cualquier otra consideración, es decir, la medida busca hacer efectivos valores constitucionales como la dignidad de las personas y la protección a los menores de edad.

Ahora bien, dice la Procuraduría, aunque la madre cabeza de familia goza de una especial protección, es la primacía de los derechos fundamentales del menor lo que determina la concesión del beneficio carcelario. De esta forma, la norma debe interpretarse en el sentido

en que los derechos de los menores han sido entendidos por las normas constitucionales y las disposiciones internacionales, para lo cual el Ministerio Público cita varios tratados de ese orden. Igualmente, la protección prevalente de los derechos de los menores debe considerarse en los términos en que ha sido tratada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que reconoce la concesión de beneficios similares como forma de protección de los derechos de los niños.

En cuanto al contenido de la norma acusada, la Procuraduría sostiene que los niños menores de 18 años y mayores de 12 comparten con los demás la condición de menores, y deben ser igualmente protegidos y amparados contra cualquier atentado contra su integridad, lo cual incluye el derecho a no ser separado de su familia en virtud de lo establecido en la Carta Política.

Por ello, a juicio de la vista fiscal, la norma acusada resulta inexecutable, pues establece una diferencia de trato que se establece en razón de la diferencia de edad, lo cual no es admisible a la luz de los artículos 13, 44 y 93 de la Carta.

Por demás, la Procuraduría advierte que la norma parcialmente acusada también desprotege al hijo que sufre de incapacidad física permanente, al cual se deja por fuera del beneficio carcelario conferido a su padre o a su madre. Dice la Procuraduría que ese menor tiene tanto derecho a la protección como el que sufre de incapacidad mental permanente, por lo que requieren del mismo tratamiento jurídico. En tal virtud, solicita a la Corte declarar executable la norma, siempre y cuando se incluya en la cobertura de la detención preventiva domiciliaria los casos de padres o madres cabeza de familia con hijos pacientes de una incapacidad física permanente.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia de la Corte

Por dirigirse la demanda contra una disposición que forma parte una Ley de la República, la Corte Constitucional es competente para decidir sobre su constitucionalidad, tal y como lo prescribe el artículo 241-4 de la Constitución Política.

2. Problemas jurídicos

El problema jurídico que suscita la presente demanda de inconstitucionalidad parte de una alegada vulneración del principio de igualdad constitucional. El actor indica que la norma acusada quebranta el artículo 13 constitucional porque establece una diferencia de trato, discriminatoria, entre los mayores de 12 años, pero menores de 18, y quienes tienen menos de 12 años. Por virtud de la alegada diferencia de trato, la norma quebrantaría la protección prevalente de los derechos de los niños.

Ahora bien, la diferencia de trato radica en que mientras las madres cabeza de familia de hijos menores de 12 años pueden recibir la casa por centro de reclusión preventiva, los mayores de 12 años, pero menores de 18, no tienen esa ventaja, siendo en esto discriminatorio el Código Penal, pues además de que el artículo 13 constitucional consagra el respeto por el principio de igualdad, el artículo 44 de la Carta establece un trato similar a todos los menores de edad, es decir, a todos aquellos individuos menores de 18 años,

La Corte precisará, en primer lugar, el alcance de la protección de los derechos de los niños, para luego centrarse en el tratamiento diferencial que la disposición acusada confiere a los mayores de 12 años. En dicho punto estudiará si ese trato es justificado, para lo cual hará referencia a la posibilidad de distinción jurídica entre menores de edad. Posteriormente analizará si el trato conferido resulta proporcional y si afecta el esquema de protección prevalente de los derechos de los menores.

3. Derechos fundamentales de los niños

La prevalencia de los derechos de los niños es una de las características más sobresalientes del régimen constitucional colombiano. La jurisprudencia constitucional se ha encargado de resaltar, cada vez con más énfasis, el carácter preeminente de los derechos de los niños, que no sólo se deriva de su expresa consagración constitucional, sino de numerosas normas de derecho internacional que se han integrado al bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación del ordenamiento jurídico colombiano.

La protección prevalente de los derechos de los niños no es responsabilidad exclusiva del Estado. Los padres, comprometidos con ello por el artículo 42 constitucional, están obligados a sostener y educar a sus hijos, mientras sean menores de edad, aunque para ello también reciban el apoyo la sociedad y las autoridades estatales (art. 44). En la misma línea, el artículo 52 de la Carta Política compromete al legislador en el diseño de políticas de

protección para los menores trabajadores, al tiempo que el artículo 67 lo obliga a “garantizar el adecuado cubrimiento del servicio [educativo] y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema”.

Igualmente, el artículo 45 involucra a los adolescentes en los procesos de participación ciudadana, cuando se les permite hacer parte de organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. Por virtud del artículo 356 de la Carta, el Estado se compromete a destinar los recursos del situado fiscal a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y la salud, en los niveles que la ley señale, con especial atención a los niños, y el artículo 50 del mismo estatuto prescribe atención gratuita en todas las instituciones de salud para los niños menores de un año.

El espectro normativo constitucional se amplía con las normas internacionales que por disposición de la propia Carta ingresan al régimen de protección de los derechos de los niños. Tal como lo indica el artículo 44 de la Constitución, los niños gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales de los cuales Colombia es Estado parte y se encuentran en vigencia internacional.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 25-2 que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. La norma se replica en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en donde se indica que los niños gozarán de una “protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” (art. 2º ob.cit.)

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –integrado a la legislación interna mediante la Ley 74 de 1968-, establece en su artículo 24 que todos los niños tienen “derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del

Estado”.

En la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1992, al reconocer que, por sus condiciones particulares, el niño es un ser humano en estado de inmadurez física y mental que necesita “protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, y que la familia, “como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”, prescribió que es deber de los Estados Partes (art. 2º) respetar los derechos a que se refiere dicha convención, asegurando su aplicación para cada niño sujeto a la jurisdicción de aquellos, “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

Así mismo, dispuso que “[l]os Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”.

A la lista brevemente esbozada se suman el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya, el 29 de mayo de 1993 (Ley 265 de 1996), la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² -Ley 74 de 1968- y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “protocolo de San Salvador”, aprobado por Colombia mediante Ley 319 de 19963.

Finalmente, la jurisprudencia ha realizado una integración sistematizada de los principios y reglas pertinentes, que no sólo sirve como referente para la resolución de conflictos jurídicos concretos, sino que ofrece una guía para que las autoridades administrativas ajusten su

comportamiento a la realización de dichos preceptos.

En ejercicio de su función hermenéutica, la Corte Constitucional ha precisado que el modelo Social de Derecho asigna al Estado el fin esencial de adoptar acciones “que permitan a los menores de edad alcanzar un desarrollo armónico e integral, en los aspectos de orden biológico, físico, síquico, intelectual, familiar y social. La población infantil es vulnerable y la falta de estructuras sociales, económicas y familiares apropiadas para su crecimiento agravan su indefensión”.⁴

La Corte agregó que los niños constituyen un grupo de atención especial al cual deben dirigirse políticas abiertamente proteccionistas, pues no de otra manera se garantiza que sus derechos, ejercidos usualmente en condiciones de vulnerabilidad, se hagan realmente efectivos. Sobre el tópico, la Corte sostuvo:

“Son considerados como grupo destinatario de una atención especial estatal que se traduce en un tratamiento jurídico proteccionista, respecto de sus derechos y de las garantías previstas para alcanzar su efectividad. Así, logran identificarse como seres reales, autónomos y en proceso de evolución personal, titulares de un interés jurídico superior que irradia todo el ordenamiento jurídico y que, en términos muy generales, consiste en lo siguiente:

‘(...) se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad (Cfr. sentencias T-408 del 14 de septiembre de 1995 y T-514 del 21 de septiembre de 1998).’.”
(Sentencia C-1064 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Las anteriores referencias permiten concluir que la protección de los derechos de los menores ocupa un lugar privilegiado en el sistema jurídico nacional y que, en tanto que sus derechos son preeminentes, la garantía de sus intereses debe primar en la resolución de los conflictos jurídicos.

Esta garantía de preeminencia ha sido aceptada por el derecho internacional en una expresión que usualmente opera como principio de interpretación y criterio definitorio de

asuntos contenciosos: el interés superior del menor.

En efecto, tal como se desprende del artículo 3º de la citada Convención sobre los Derechos del Niño -Ley 12 de 1991-:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

A juicio de la Corte, la referida disposición es “una norma que 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.”⁵⁶ Dicho de otro modo, 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.”⁷

Aunque dicho concepto es amplio, y la protección concreta depende de la valoración de las circunstancias fácticas del caso, resulta innegable que el interés superior del menor constituye la finalidad de toda política pública pertinente y se erige en referente teleológico de toda decisión de autoridad que implique la preservación de los derechos de los niños.

Así se expresó la Corte a propósito de ese concepto:

“las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los menores que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana

edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.” (Sentencia T-397 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Por último, el Congreso de la República aprobó recientemente la Ley 1098 de 2006, por la cual adoptó el Código de la Infancia y la Adolescencia. El citado estatuto consagra desde sus primeros artículos el interés por extender la protección del menor, precisando que la finalidad de dichas normas es la de garantizar “a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.”(art. 1º)

La Ley indica que para todos los efectos de su aplicación, “son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.”(art. 2º), y que en la ejecución de sus medidas, que son de orden público y de carácter irrenunciable, “los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”(art. 5º).

De igual forma, la Ley en cita señala la aplicación más favorable de la norma, siempre acorde con el interés superior del menor (art. 6º) y consagra de manera expresa el concepto de Protección integral, definido como aquél reconocimiento como “sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal l con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos” (art. 7º). La Ley 1098 recoge igualmente el concepto de interés superior del menor (art.8º), al advertir que aquél es “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.” En cuanto a la prevalencia de los derechos de los niños, el artículo 9º señala que “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los

derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona” a lo cual agrega que en caso de conflicto “entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

De lo dicho se tiene entonces que los derechos y garantías de los niños son prevalentes, es decir, merecen un tratamiento prioritario respecto de los derechos de los demás. En Colombia, esta prioridad rige hasta los 18 años, pues es el límite en que la Constitución fijó el inicio de la mayoría de edad. Los tratados internacionales autorizan a los Estados para definir la mayoría de edad⁸, y el parágrafo del artículo 98 de la Carta decidió que la misma fuera 18 años.

4. Quiénes son menores de edad. Legitimidad del trato diferencial

Partiendo de la base de que menor es todo individuo que no ha cumplido 18 años, la Corte Constitucional ha precisado que la vigencia prevalente de los derechos y garantías del menor se extiende hasta el cumplimiento dicha edad. Por ello, toda persona menor de 18 años tiene derecho -sin distinción alguna- a reclamar de las autoridades y la sociedad el tratamiento privilegiado que otorga la Constitución.

El énfasis de la Corte en que se entienda que la protección preeminente de los derechos de los niños es una prerrogativa que dura hasta los 18 años no es inmotivado: la existencia de normas constitucionales que otorgan resguardo especial a los niños menores de un año (art 50 C.P.), que precisan ciertos privilegios a favor de los adolescentes -respecto del acceso a mecanismos de participación política (art. 45 ídem)- y que obligan al Estado, la sociedad y la familia a responsabilizarse de la educación de los niños entre los cinco y los quince años de edad (art. 67 ídem) obligaron a la Corte a puntualizar que dichas singularidades de trato no implican detrimento del esquema prevalente de derechos de los niños, pues todo menor de 18 años goza del mismo estatus de protección. La apreciación natural de que la condición de los infantes no es la misma que la de los jóvenes también condujo a que la Corte recalcará que la protección prevalente de los derechos de los menores rige hasta los 18 años.

Sobre este particular se dijo en su oportunidad:

“El artículo 44 de la Constitución establece los derechos fundamentales de los “niños”, entre

los cuales se destacan el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al cuidado, a la educación, a la cultura y a la recreación y todos los demás derechos consagrados en la Carta, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Colombia. Así mismo, dispone que deben ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia, explotación laboral, y consagra la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, afirmando, en el aparte final, que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

“Para efectos de determinar cuáles son los sujetos pasivos a quienes cubre este precepto superior, es necesario definir qué se entiende por niño, ya que la Constitución diferencia entre niño, adolescente y menor, sin definir el alcance de estas expresiones.

(...)

“En este orden de ideas, dado que se trata de un saber jurídico que admite conceptos diversos y teniendo en cuenta la falta de claridad respecto de las edades límites para diferenciar cada una de las expresiones (niño, adolescente, menor, etc.), la Corte, con un gran sentido garantista y proteccionista ha considerado que es niño, todo ser humano menor de 18 años, siguiendo los parámetros de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 12 de 1991, que en su artículo 1º establece:

‘Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.’

“Igualmente, el artículo 3 del Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, aprobada mediante la Ley 265 de 1996, las normas de protección del niño se entenderán aplicables hasta los 18 años de edad, en los siguientes términos:

(...)

De la jurisprudencia constitucional transcrita resaltan dos aspectos que deben tenerse en cuenta: primero, que la distinción que la Constitución hace entre niños y adolescentes no

desvirtúa la prevalencia de los derechos de los menores de 18 años, por lo que el esquema de protección especial cobija a todos los individuos que se encuentran en esa franja cronológica¹². En otros términos, que el legislador puede establecer diferencias de trato entre sujetos que tienen menos de 18 años, pero que dicha diferencia no puede perjudicar el esquema de protección del menor. El legislador está autorizado para conferir un trato distinto a niños de edades distintas, si dicho trato persigue enfatizar un aspecto de protección necesario para una edad específica o para permitir que el niño, de acuerdo con su nivel de formación, acceda a escenarios jurídicos acordes con su edad. Por esta razón la providencia en cita fue contundente al advertir que “la distinción entre niño y adolescente, no se hizo para efectos de la prevalencia de sus derechos, sino de la participación.”¹³.

A la misma conclusión llegó la Corte en la Sentencia C-203 de 2005¹⁴, cuando estudió la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 782, que regula el tema de la incorporación al conflicto armado de menores de edad, por parte de organismos ilegales armados. La Corte Constitucional precisó que las diferencias de trato conferidas por los instrumentos internacionales a los menores de edad, según su edad de maduración, no reducían el espectro de protección prevalente fijado por la Carta, pues sólo operaban como puntos de referencia para determinar el énfasis y el sentido en que dicha protección tenía que ofrecerse. La Corte admitió que el trato diferenciado a menores de edad no implica necesariamente un rompimiento de su estructura de protección constitucional, por lo que sostuvo lo siguiente:

“...la referencia a diferentes límites de edad (12, 15 o 18 años), así como la referencia a otros términos como adolescentes o menores, no implican que exista una definición específica de “niño” para cada regla individual de Derecho Internacional Humanitario; se trata de criterios incorporados por los redactores de estos textos para indicar distintas condiciones de vulnerabilidad de conformidad con las etapas de desarrollo de las personas, que por lo mismo deben ser interpretados con una adecuada flexibilidad, dependiendo de las condiciones individuales de desarrollo de cada menor¹⁵, siempre aplicando el principio pro infans. Así, no son medidas de protección especial diferenciada en función de la edad, sino criterios para que quienes aplican las normas –con la flexibilidad y la sensibilidad por el interés superior del menor del caso- tengan referentes objetivos a los cuales acudir para establecer el grado específico de protección reforzada a la que tiene derecho un menor de edad.”. (Sentencia C-203 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) (subrayas fuera del

original)

El segundo punto que debe tenerse en cuenta se halla implícito en la conclusión anterior: el régimen constitucional admite la distinción jurídica entre individuos menores de edad, según su grado de madurez. En otras palabras, no es contrario al régimen constitucional el tratamiento diverso de niños entre 0 y 18 años, siempre y cuando, como se infiere de la premisa inicial, dicha distinción no implique la reducción de la protección prevalente.

Tal como se esbozó previamente, es el propio régimen constitucional el que señala que los niños menores de un año deben recibir atención de salud gratuita en cualquier institución de salud (art. 50); se deriva de la Carta que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar la educación de los menores de 5 a 15 años (art. 67) y se desprende del mismo texto que se garantiza a los adolescentes la participación activa en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la promoción de los derechos de la juventud (art. 45).

Además, de la interpretación que por vía de autoridad hace de la Carta Política, la Corte Constitucional ha aceptado que el régimen jurídico legal establezca distinciones de trato entre sujetos cuyo común denominador es la minoría de edad. Sobre dicho tópico la Corte afirmó:

“...el Constituyente en uso de su poder soberano, realizó distinciones al interior de los llamados menores de edad. Dicha distinción, corresponde a las diferentes características que hacen parte de un determinado grupo de menores de edad.

(...)

“...se puede aseverar que en concordancia con la Convención de Derecho del Niño, el Estado Colombiano establece la mayoría de edad a los dieciocho (18) años. No obstante, es claro que la Constitución Colombiana hace distinciones al interior de los menores de edad; dichas diferenciaciones se efectúan debido a las particulares condiciones de cada grupo protegido, que además los permite singularizar respecto de los restantes menores de dieciocho (18) años”.

Al señalar que la Constitución habilitó distinciones de trato entre menores de edad, la Corte entendió que el constituyente había sido sensible al proceso de formación del niño. El

despliegue de las distintas etapas de desarrollo del individuo no sólo permite, sino que obliga al legislador a ofrecer tratamientos jurídicos acordes con su grado de crecimiento. Por ello, no sólo la Constitución, sino la ley, incluyen en su esquema normativo disposiciones sintonizadas con los distintos estadios de madurez del menor, que responden a sus necesidades naturales, a su condición física y mental y a sus requerimientos sociales. En otras palabras, para que la protección del menor sea plena, el legislador debe regular el régimen del menor de acuerdo con sus diferentes etapas de formación.

Por esto, la Corte ha dicho que la Constitución reconoce “derechos a los menores en general, pero también a subgrupos de ‘niños’ de acuerdo a su edad y madurez, como por ejemplo los ‘adolescentes’ (art. 45, CP) y ‘los niños menores de un año’ (art. 50, CP). Concretamente, la Carta Política reconoce al ‘adolescente’ los derechos (i) ‘a la protección’ y (ii) ‘a la formación integral’ (art. 45, CP).”, a lo cual agregó:

“Los derechos y garantías reconocidas en convenios internacionales a los “niños” también son aplicables a los “adolescentes”.¹⁶ La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en especial el artículo 5°, establece que los adolescentes deben ser reconocidos como personas con plenos derechos, que tienen la capacidad de ser ciudadanos responsables con la guía y dirección adecuada. Dentro de las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que Colombia debe adoptar para dar efectividad a los derechos reconocidos a los adolescentes, según el Comité sobre los Derechos del Niño,¹⁷ los estados deben asegurar que estas medidas sean adoptadas en la legislación nacional, incluyendo las edades mínimas para (i) consentir tener relaciones sexuales, (ii) casarse y (iii) recibir un tratamiento médico sin el consentimiento de los padres. El Comité sobre los Derechos del Niño precisa que según el artículo 2° de la Convención estas “edades mínimas” deben ser iguales para los adolescentes y para las adolescentes, y deben ser fijadas de acuerdo a al desarrollo del niño según los criterios de edad y madurez.” (Sentencia C-507 de 2004 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

Este reconocimiento ha servido de base a varios pronunciamientos judiciales que declararon exequibles ciertas normas jurídicas que, atendiendo al grado de desarrollo del menor, establecieron diferencias de trato según la edad cronológica del niño.

Así, sólo para resaltar algunos ejemplos, en providencia C-507 de 2004 la Corte

Constitucional declaró parcialmente exequible el artículo 140 del Código Civil que establece la edad mínima para contraer matrimonio. Aunque la sentencia retiró del ordenamiento la edad de doce años como edad núbil de la mujer, en dicha ocasión la Corte aceptó la posibilidad de que la ley fije una edad mínima para contraer matrimonio, pues consideró que, en reconocimiento de ciertos factores biológicos, psicológicos y sociales, el legislador puede establecer diferencias de trato entre los menores de edad, por lo cual puede señalar los catorce años como una edad en que las condiciones de madurez del individuo le permiten asumir las obligaciones conyugales.

Previamente, sobre el mismo tópico, la Corte Constitucional había encontrado ajustado a la carta el señalamiento de una edad mínima de emancipación sexual, al declarar exequibles los delitos de 'acceso carnal abusivo con menor de catorce años'18 y 'corrupción'19 del Código Penal de 1980, en el entendido de que "(...)no se cometen los delitos plasmados en ellos cuando el acceso carnal o los actos sexuales diversos del mismo se tengan con mujer mayor de doce (12) años con la cual se haya contraído previamente matrimonio o se haya conformado con anterioridad una familia por vínculos naturales, según lo previsto en el artículo 42 de la Constitución."

En esa ocasión, la Corte sostuvo que las disposiciones acusadas aseguraban y garantizaban la aplicación de normas internacionales de protección al menor, al impedir que los menores de 14 años manifestaran voluntariamente su decisión de ejercer la sexualidad. En el fallo, la Corte admitió implícitamente la necesidad de introducir diferencias de trato entre los menores de edad, al reconocer que los menores de 14 años (12 para las mujeres que para la época contraerán matrimonio) adolecían de la falta de madurez necesaria para consentir el acto sexual.

En similares condiciones, esta Corporación declaró ajustado a la Constitución el señalamiento de una edad mínima para acceder al mercado laboral, al declarar exequible el artículo 238 Decreto 2737 de 1989 -Código del Menor- -Sentencia C-170 de 200420-. La disposición en cita consigna la prohibición de permitir el trabajo de los menores de 14 años, preceptiva que la Corte consideró acorde con la protección de los derechos de los niños, pese a permitir que los que hubieren pasado dicha edad pudieran ingresar al mercado laboral. Por supuesto, la Corte entendió que la permisión laboral para mayores de 14 años debía entenderse condicionada por el cumplimiento de las condiciones fácticas y jurídicas necesarias para

garantizar la protección de los intereses e integridad de los menores, previstas en los artículos 2-4º, y 2-5º, del Convenio 138 de la OIT, en armonía con los artículos 44 y 67 de la Carta (fundamento 33 de la Sentencia).

Con todo, en la citada providencia la Corte avaló la posibilidad de que, incluso niños mayores de 12 años pudieran trabajar en circunstancias especialísimas, si dichos trabajos, restringidos en los términos de la sentencia, no implicaban una interrupción de su proceso de escolarización. Por ello, respecto de dichos menores, la Corte advirtió que “también se encuentra ajustado a la Constitución Política que de manera excepcional y bajo estrictas condiciones las autoridades respectivas autoricen a niños mayores de doce (12) años y menores de catorce (14) para ejecutar trabajos ligeros, siempre que en éstos se garanticen la escolaridad y no se perjudique su salud o desarrollo. Pero, en apoyo de lo anterior, es igualmente claro que, por ningún motivo, se puede autorizar o permitir el trabajo para los menores de doce (12) años”.

De igual forma, en Sentencia C-157/02, la Corte Constitucional estudió la exequibilidad del artículo 153 de la Ley 65 de 1993, que habilita la permanencia de menores de edad en los establecimientos de reclusión en que estuvieren confinadas sus madres. La disposición establece que dicha permanencia puede extenderse hasta los 3 años²¹, tiempo en que, a juicio del tribunal, el niño requería con mayor prioridad de la presencia de su madre. La sentencia avaló la decisión del legislador de impedir que el niño permaneciera en el centro de reclusión después de los 3 años, pues dicha reclusión atentaba contra sus derechos fundamentales en cuanto alteraba su proceso de formación. Del fallo citado se infiere que la Corte admitió la diferencia de trato entre menores y mayores de 3 años, atendiendo a las condiciones de maduración y desarrollo del menor.

Un ejemplo adicional y contundente lo ofrece la Sentencia C-534 de 2005²², por la cual la Corte estudió -entre otros- el tema de la capacidad jurídica de los menores. Aunque los argumentos principales de la Corte se refirieron a la diferencia de trato sobre la base de la diferencia de género, la Corporación admitió en sus reflexiones la legitimidad de la distinción jurídica entre los menores de edad de acuerdo a su desarrollo cronológico. La Corte, en consecuencia, avala las distinciones hechas por la ley entre infante, impúber y menor adulto, por considerar que la gradación de la regulación según el estadio formativo del niño constituye una garantía de la defensa de sus derechos, al permitir la adecuación de su

capacidad jurídica al grado de desarrollo de sus condiciones intelectivas y volitivas. Sobre dicho particular la Corte sostuvo:

“Tal como lo viene exponiendo la Sala y como lo presenta el demandante y el Ministerio Público, la incapacidad por razón de la edad (los infantes, impúberes y menores adultos) resulta ser una institución protectora del estado de minoridad. Esto es, si el tráfico jurídico de los intereses económicos obedece a la lógica de defender los propios, dicho tráfico no puede darse en condiciones desiguales. Y si además, la igualdad de condiciones para su ejercicio depende en gran medida de la suficiencia con la que se reflexione y se valoren las consecuencias jurídicas de participar en estas actividades, se hace necesario que las etapas propias del aprendizaje, formación e instrucción según la edad (entre otras variables), sean tenidas en cuenta por el legislador como criterio para diferenciar a los sujetos que pretenden negociar jurídicamente”. (Sentencia C-534 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)

Así entonces, de las citas y consideraciones previas se impone que el régimen constitucional colombiano admite la posibilidad de señalar diferencias de trato entre personas menores de edad, siempre y cuando dichas diferencias no reduzcan el marco de protección prevalente dispuesto por la Constitución. Tales diferencias -es claro- deben estar acordes con el grado de formación del individuo. En este aspecto, la Corporación reconoce que el legislador tiene un margen amplio de valoración, que, en todo caso, no puede eliminar los estratos mínimos de protección asegurados ya por la Carta.

Al respecto vale la pena reiterar lo dicho por la Corte en la citada Sentencia C-507 de 200423, al advertir que si bien “el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección”.

Ahora bien, del hecho que la Corte haga especial énfasis en la necesidad de garantizar el esquema prevalente de protección de los derechos de los niños no se sigue que la Corporación proscriba los tratamientos diferenciados que implican ciertas graduaciones en los niveles de protección del menor. De acuerdo con lo dicho precedentemente, el legislador

puede establecer diferencias de trato entre menores de edad, por lo que también puede establecer distintos grados de protección acordes con el grado de madurez del niño.

Así, por ejemplo, las normas que impiden que el menor de 12 años realice cualquier actividad laboral son claramente más proteccionistas que las que permiten que el mayor de 12 años lo haga. No obstante, esa diferencia en el grado de protección no necesariamente implica un deterioro, un menoscabo o un perjuicio del esquema de protección de que se viene hablando, puesto que dicha graduación puede ser interpretada como una regulación de la intensidad de la protección que se ofrece a los niños, de acuerdo con el desarrollo de sus capacidades motrices, sociales e intelectuales. Así, del hecho de que una norma ofrezca una graduación en el nivel de protección del derecho del niño no se sigue que la misma sea violatoria, per se, del esquema de protección señalado. Si así fuera, la Corte habría tenido que declarar inexecutable la norma que sólo permitía la permanencia en el sitio de reclusión de su madre de los menores de 3 años, por impedirla respecto de los mayores de esa edad, lo cual habría resultado francamente incompatible con los estadios de formación del infante.

Así entonces, gracias a estas conclusiones es posible afirmar que el esquema de protección de los derechos de los niños no es igual en todas las edades, no es rigurosamente equivalente para el que tiene un año que para el que tiene 18; por el contrario, admite graduaciones, modulaciones y matices sensibles al proceso de desarrollo del individuo, que en todo caso deben ser estudiadas por el juez en las circunstancias concretas de la norma.

5. Insuficiencia del análisis constitucional a partir del exclusivo criterio del derecho a la igualdad

La diferencia de trato a menores que por sus condiciones cronológicas se encuentran en desigualdad de condiciones fácticas, antes que ser contraria al principio constitucional de igualdad, resulta precisamente acorde con su fórmula más elemental de reconocimiento. La Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que el principio de igualdad constitucional impone la necesidad de trato desigual a situaciones desiguales, y de trato equivalente a situaciones similares.²⁴ Dicha obligación no sólo compromete a las autoridades administrativas respecto del tratamiento concreto que debe dar a los individuos (denominada igualdad de trato ante la ley²⁵), sino al legislador, en el diseño de disposiciones generales que identifiquen y asignen consecuencias jurídicas distintas a situaciones diversas, o

equivalentes, a supuestos de hecho similares²⁶. En tal medida, es en principio justificado que el legislador otorgue un tratamiento diverso a menores de edad que por sus diferencias naturales merecen una regulación particularizada.

En estas condiciones, la simple denuncia de una diferencia de trato entre menores que no han cumplido los 18 no constituye argumento suficiente para sustentar una vulneración de preceptos constitucionales.

En el caso de la norma demandada, el actor sostiene que la misma es inconstitucional porque ofrece un tratamiento diverso a un grupo específico de menores de edad, en contravía del principio de igualdad contenido en el artículo 13 de la Carta Política, dando a entender con ello que todos los menores están llamados a recibir un trato igualitario de la ley. No obstante, de lo dicho precedentemente, esta Corporación concluye que la simple desigualdad en la ley no constituye argumento alguno de inconstitucionalidad, pues el legislador está habilitado para ofrecer énfasis distintos de protección a favor de los menores de edad, según su nivel de formación y las necesidades propias de su edad.

Con todo, quedó visto en la jurisprudencia precedente que independientemente de que los menores puedan ser tratados de manera diversa -acorde con su estado de formación- el legislador no puede reducir, quebrantar ni desmejorar el esquema de protección a que se refiere el artículo 44, cuando prescribe que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás. Por ello resulta pertinente reiterar que a juicio de la Corte “la distinción entre niños y adolescentes en los artículos 44 y 45 superiores, no fue la de excluir a estos últimos de la protección integral otorgada a la niñez, sino de ofrecerles espacios de participación respecto de las decisiones que los conciernen”^{27.}²⁸

En ese plano de discusión, esta Corporación se ve obligada a estudiar la exequibilidad de la norma, no desde la sola perspectiva de la vulneración del principio de igualdad, que por lo dicho antes no encuentra suficiente fundamento en la doctrina constitucional correspondiente, sino desde el punto de vista de la posible reducción del esquema de protección prevalente de los mayores de 12 años, que no han cumplido los 18.

Para hacerlo, esta Sala debe analizar la finalidad de la norma objeto de estudio, así como los intereses involucrados en sus disposiciones, a fin de establecer si la misma ofrece un tratamiento ilegítimo al grupo de los menores de edad mayores de 12 años, al reducir o

limitar el esquema de protección prevalente dispuesto por las normas de la Carta.

6. Descripción y objetivos de la norma demandada

La norma acusada regula la concesión de la detención preventiva domiciliaria frente a la existencia de hijos menores de 12 años. La Corte se ocupará de analizar cada uno de los aspectos de esta regulación.

De conformidad con el artículo 307 de la Ley 906 de 2004, la detención preventiva es una medida de aseguramiento privativa de la libertad. En primer lugar, la Corte Constitucional ha definido las medidas de aseguramiento como uno de los tipos de medidas cautelares. “es decir, de aquellas disposiciones que por petición de parte o de oficio, dispone la autoridad judicial sobre bienes o personas, cuyo objeto consiste en asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, garantizar la presencia de los sujetos procesales y afianzar la tranquilidad jurídica y social en la comunidad, bajo la premisa por virtud de la cual, de no proceder a su realización, su propósito puede resultar afectado por la demora en la decisión judicial”²⁹.

En concreto, la detención preventiva es una medida cautelar que busca asegurar a las personas sindicadas de haber cometido un delito para evitar su fuga y garantizar la efectiva investigación, juzgamiento e imposición de la pena en caso de llegar a desvirtuarse la presunción de inocencia y determinarse la responsabilidad penal del sindicado³⁰.

En el caso de la Ley 906, el artículo 308 del dicho estatuto señala las condiciones en que dicha detención puede ser ordenada. La norma asigna al juez de control de garantías la función de verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para imponerla, a partir del análisis del material probatorio depositados en el expediente.

Artículo 308. Requisitos. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga, siempre y cuando se cumpla alguno de los siguientes requisitos:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Verificados los requisitos del artículo 308 de la Ley 906, el legislador dispone que debe ordenarse la detención preventiva en establecimiento carcelario si adicionalmente se configuran las circunstancias contenidas en el artículo 313 de la Ley 906:

Artículo 313. Procedencia de la detención preventiva. Satisfechos los requisitos señalados en el artículo 308, procederá la detención preventiva en establecimiento carcelario, en los siguientes casos:

1. En los delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados.
3. En los delitos a que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con todo, el legislador ha admitido la posibilidad de conmutar la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria cuando quiera que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 314 demandado.

La norma prescribe que la detención provisional en establecimiento carcelario podrá conmutarse por la de detención domiciliaria –en la residencia del investigado– cuando se cumpla alguna de las hipótesis señaladas en los 5 numerales del artículo. Las cuatro primeras hipótesis del artículo 314 admiten la posibilidad de conceder la detención preventiva domiciliaria al individuo cuyas circunstancias no ameriten la imposición de la reclusión en establecimiento carcelario, al individuo mayor de 65 años, siempre que su personalidad admita este tipo de reclusión, a la imputada pendiente del parto y al acusado que se encontrare en estado de gravedad.

El último numeral es el que resulta objeto de la demanda: que la persona investigada sea

madre cabeza de familia de hijo menor de 12 años, o de hijo que sufiere incapacidad mental permanente, siempre y cuando esté bajo su cuidado. La norma permite extender el beneficio al padre que haga sus veces.

Del marco jurídico de la norma se deduce que la medida preventiva de detención domiciliaria está encaminada a obtener un doble resultado: en primer lugar, a garantizar que la mujer cabeza de familia -o el padre que haga sus veces- evada la acción de la justicia, lo cual se logra mediante la reclusión del implicado en un lugar preestablecido -conocido en el proceso- por el tiempo en que las autoridades jurisdiccionales adopten una decisión definitiva sobre su responsabilidad penal. Esta primera finalidad está vinculada con la realización del fin de garantizar el orden justo, que la Constitución asigna al Estado en su artículo 2º. Igualmente, se vincula con la efectividad de los derechos de los ciudadanos, consagrada en el mismo artículo constitucional, y con la adjudicación a las autoridades públicas del deber de defensa de todas las personas residentes en Colombia. La disposición asegura, adicionalmente, el efectivo cumplimiento del artículo 6º Constitucional, que insta el principio de responsabilidad personal por quebrantamiento del orden jurídico, y persigue el funcionamiento de la recta administración de justicia.

En segundo lugar, la norma acusada tiene un fin proteccionista: la disposición pretende garantizar provisionalmente los derechos y las condiciones de vida de los menores de 12 años de edad, que de otro modo, en caso de que se dictara orden de detención preventiva en establecimiento carcelario, perderían contacto personal con el padre o la madre que estuviere encargado de su cuidado. Así visto, el artículo pretende garantizar la protección de los derechos de los menores de 12 años, consagrada en el artículo 44 de la Carta.

En cuanto al primer objetivo, esta Corte resalta que el mismo es legítimo y acorde con los fines esenciales del Estado, entre los que se encuentran la ejecución de la recta administración de justicia a partir del deber de colaboración ciudadana (art. 95-7 C.P.), la vigencia del orden justo (art. 2º C.P.) y la realización de los derechos de los ciudadanos.

Efectivamente, la realización material de la justicia -entendida como la sanción del delito y el reclamo de la responsabilidad del infractor- es un fin vinculado directamente con la realización del orden justo, porque garantiza la regularización del escenario social perturbado por el ilícito. La realización de los derechos y deberes consagrados en la Carta Política y en la

legislación (ídem) no sería posible si el aparato jurisdiccional no contara con los mecanismos necesarios para exigir las responsabilidades pertinentes, uno de los cuales es la detención preventiva del procesado. El artículo 28 de la Carta Política autoriza al Estado a disponer por los motivos previamente señalados en la ley los arrestos y detenciones que considere necesarios. La Corte Constitucional ha dicho al respecto que la libertad personal, en cuanto que no es un derecho absoluto, puede verse restringida por la orden de una autoridad competente, siempre y cuando se cumplan y verifiquen los requisitos señalados en la ley (art. 29 C.P.).

La compatibilidad de la detención preventiva con los textos constitucionales ha sido objeto de reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional, por lo que puede inferirse que las disposiciones que tienden a reforzar dicha institución persiguen un fin legítimo. La Corporación ha manifestado que tal herramienta es concordante “con la Constitución³¹ y no resulta contraria a la presunción de inocencia, en cuanto que, precisamente, tiene un carácter preventivo, no sancionatorio”³². Para la Corporación, la detención preventiva constituye una alternativa de fuerza que el Estado puede legítimamente aplicar sin quebrantar el principio de libertad personal, pues su “finalidad, evidentemente, no esta en sancionar al procesado por la comisión de un delito, pues está visto que tal responsabilidad sólo surge con la sentencia condenatoria, sino en la necesidad primaria de asegurar su comparecencia al proceso dándole vía libre a la efectiva actuación del Estado en su función de garante de los derechos constitucionales...”³³.

La legitimidad del segundo propósito tampoco se discute: al permitir que la madre cabeza de familia o el padre puesto en similares condiciones soporte la detención preventiva en el lugar de residencia y no en un centro de reclusión se garantiza que los menores de 12 años no sufran la ausencia de sus padres, por lo menos en lo que dura la investigación y juicio penal. El fin de esta medida puede atribuirse a la realización del principio del derecho internacional que aboga por el interés superior del menor³⁴, como criterio de interpretación y aplicación de los demás derechos del ordenamiento, y a la ejecución del mandato constitucional consignado en el artículo 44 que reclama el derecho de los niños a no ser separados de su familia y a que sus garantías fundamentales se consideren prevalentes.

La protección al menor se deriva también de la protección que la Constitución y la ley conceden a la madre cabeza de familia. Efectivamente, el inciso final del artículo 43

constitucional prescribe expresamente que “El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”, al tiempo que el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 señala para los efectos de dicha ley, una “Mujer Cabeza de Familia”, es aquella mujer que “siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

Con todo, la disposición en estudio ha dispuesto que el beneficio de la detención domiciliaria no se confiera a los menores de edad que tengan más de 12 años. Ciertamente, respecto de los menores de 12 años, la disposición acusada establece una clara concesión que redundará en beneficio de las condiciones de vida del niño, cuando su madre o padre, de los que dependen para su cuidado, sean retenidos en virtud de una orden de detención preventiva. Sin embargo, en relación con los mayores de 12 años, todavía menores de 18 años, la norma resueltamente inclina la balanza a favor de la recta administración de justicia y de la efectiva protección de los derechos de los ciudadanos (preámbulo, art. 2º C.P.), dejando al niño por fuera del ámbito de protección implícito que ofrece la detención domiciliaria de su madre o de su padre.

En estas condiciones, respecto de los niños mayores de 12 años la norma exhibe una clara tensión repulsiva entre los principios constitucionales citados, pues en aparente detrimento del esquema de protección prevalente de los derechos del menor, la disposición incrementa el rigor de la medida de detención preventiva en aras de la persecución del orden justo y niega la detención domiciliaria como medida de afianzamiento para asegurar la comparecencia del procesado.

En este escenario de cosas, la Corte debe establecer si la restricción impuesta a los menores de edad que ya cumplieron 12 años es proporcional y justificada a la luz de la satisfacción de los principios constitucionales que por el otro lado pretenden realizarse³⁵. Hasta el momento, la Corte ha reconocido que los principios perseguidos por la norma son legítimos. Ahora le corresponde establecer si el sacrificio que la disposición impone respecto de ciertos principios, es razonable y proporcional con el beneficio que obtiene para los otros.

7. Razonabilidad y proporcionalidad de la medida legislativa acusada

La doctrina constitucional asegura que frente la jerarquía equivalente de los principios constitucionales, los conflictos emanados de su aplicación deben resolverse a partir del balance de sus mutuas implicaciones. Esta alternativa parte del reconocimiento de que la Constitución Política rige como un todo sistemático y armónico, en el que ninguna sección ostenta una primacía formal sobre la otra³⁶. El juicio de ponderación obliga así a considerar los elementos circundantes a cada principio en pugna, para determinar, luego de un análisis de alcances y consecuencias, derivado del peso mismo de cada principio, a favor de cual debe resolverse la colisión.

La finalidad del juicio de ponderación es la maximización de los principios involucrados en las normas en disputa -cuando el análisis se hace respecto de normas jurídicas- de manera que ninguno de los extremos resulte anulado, sino meramente atenuado por el que lo enfrenta. En palabras de la Corte, la "Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea de los distintos operadores jurídicos es, entonces, la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro"³⁷.

Sobre dicho tópico, la Corte señaló:

"La Corte Constitucional ha precisando que en los casos de enfrentamiento de las normas constitucionales que sirven de respaldo a ciertos derechos, el principio de unidad constitucional exige interpretar la Constitución como un todo armónico y coherente, en tanto que el principio de armonización concreta "impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o la restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra". (Sentencia No. T- 425 de 1995. M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)³⁸.

Ahora bien, aunque las consideraciones previas obligarían a la Corte a sopesar los principios

en pugna a partir de un plano de igualdad, en el caso sometido a estudio el peso abstracto de uno de ellos obliga a hacer un análisis diferente.

8. Peso abstracto de los derechos de los menores de edad

Ciertamente, por disposición del artículo 44 de la Constitución, los derechos de los niños, entre los que se incluyen el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, el derecho al cuidado y al amor, a la educación y a la cultura, y el derecho a recibir protección estatal contra cualquier clase de abandono, han sido exaltados con el carácter prevalente que expresamente les confiere la Carta. Adicionalmente, las normas de derecho internacional citadas en esta providencia³⁹, que insertan en el régimen jurídico el interés del menor como criterio de interpretación y resolución de conflictos, desdibujan el plano de paridad sobre el que en principio debería adelantarse el juicio de ponderación.

Los derechos de los niños, los que han sido catalogados por la Constitución Política como fundamentales y prevalentes, poseen un peso abstracto que debe ser respetado por el intérprete, pues refleja una intención manifiesta del constituyente que establece un sistema de protección reforzada de los menores de 18 años. En esa medida, aunque la presencia de un principio constitucional de cierto peso abstracto no hace inocuo el juicio de ponderación, sí demarca una clara línea de solución a la colisión de principios.

El juez constitucional reconoce, por tanto, que una medida que restrinja el esquema de protección del menor, porque limita el goce de sus derechos fundamentales prevalentes, debe ser sometida a un examen de constitucionalidad de mayor rigor que establezca si el sacrificio al que se someten dichas garantías se justifica necesariamente en aras de la satisfacción de los intereses que se le contraponen. En otros términos, el juicio de ponderación debe dirigirse a establecer si el sacrificio infligido a los derechos de los menores es rigurosamente necesario frente al beneficio perseguido por la norma. En otros términos, el juicio debe certificar que “cuanto mayor es el grado de insatisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”⁴⁰, lo cual impone tener en cuenta que el sacrificio de los derechos de los menores de 18 años que ya cumplieron los 12 sólo se justifica cuando razones decididamente imperiosas impiden conferirles un tratamiento más favorable.

24. Establecida una necesidad específica de protección y asistencia del niño subsumible en

un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, los conflictos que genere frente a otros derechos y que no pudieren resolverse de otro modo que apelando a la jerarquización de los intereses, serán decididos según lo ordena el mismo Constituyente dándole prelación a los derechos del primero (CP art. 44). La especial calidad del niño como sujeto privilegiado de la sociedad se proyecta en esta particular regla de prioridad que modula los ámbitos de los restantes derechos, a partir de la exigencia y condición de que los suyos sean satisfechos o respetados en primer lugar.”⁴¹ (Negrillas fuera del original)

Adicionalmente, esta Sala encuentra que la medida objeto de demanda no sólo está encaminada a obtener la protección del derecho del menor de edad, sino de la mujer cabeza de familia, o del hombre que esté en sus mismas condiciones. En esta medida, la tensión entre principios constitucionales no sólo se da entre aquellos que pretenden garantizar la recta administración de justicia y los que prescriben la protección de los derechos de los niños, sino entre aquellos y los derechos derivados de la condición de mujer cabeza de familia.

9. Apoyo constitucional especial del Estado a la mujer cabeza de familia

De conformidad con el artículo 43 constitucional, el “Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

Esta norma constitucional ha sido acogida por el legislador en diversas disposiciones, entre las que resalta el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, según el cual, una “Mujer Cabeza de Familia”, es aquella mujer que “siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”.

La definición de mujer cabeza de familia implica para la Corte los siguientes elementos:

“...la Corte advierte que no toda mujer puede ser considerada como madre cabeza de familia por el sólo hecho de que esté a su cargo la dirección del hogar. En efecto, para tener dicha condición es presupuesto indispensable (i) que se tenga a cargo la responsabilidad de hijos menores o de otras personas incapacitadas para trabajar; (ii) que esa responsabilidad sea de

carácter permanente; (iii) no sólo la ausencia permanente o abandono del hogar por parte de la pareja, sino que aquélla se sustraiga del cumplimiento de sus obligaciones como padre; (iv) o bien que la pareja no asuma la responsabilidad que le corresponde y ello obedezca a un motivo verdaderamente poderoso como la incapacidad física, sensorial, síquica o mental ó, como es obvio, la muerte; (v) por último, que haya una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia, lo cual significa la responsabilidad solitaria de la madre para sostener el hogar.

Así pues, la mera circunstancia del desempleo y la vacancia temporal de la pareja, o su ausencia transitoria, por prolongada y desafortunada que resulte, no constituyen elementos a partir de los cuales pueda predicarse que una madre tiene la responsabilidad exclusiva del hogar en su condición de madre cabeza de familia” (Sentencia SU-388 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández)

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sostenido, a propósito del compromiso de apoyo a la mujer cabeza de familia, que dicha protección se deriva de las condiciones de discriminación y marginamiento en que tradicionalmente ha vivido la mujer y al hecho de que el desarrollo social contemporáneo ha integrado cada vez con más fuerza a la mujer a la cadena productiva, obligándola a asumir en no pocas ocasiones, y con recursos mínimos, los compromisos de su condición de madre de familia y de fuente de sustento del hogar⁴².

Sobre el particular, la Corte aseguró:

“Dicha primacía afirmada en la Constitución en plena armonía con las normas internacionales y en particular la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991- ha sido tomada en cuenta por la Corporación para determinar el alcance de los derechos de los niños cuando ellos dependen de un núcleo familiar en el que solo uno de los padres se encuentra presente, para concluir que el sexo del padre de quien ellos dependen no puede privarlos de los derechos que les son reconocidos por la ley.

“(…)

“Al respecto la Corte ha explicado que una mujer es cabeza de familia cuando, en efecto, el grupo familiar está a su cargo. Aunque en el mismo artículo se incluye un parágrafo en el que

se indica que la mujer deberá declarar ante notario dicha situación, tanto cuando la adquiera como cuando la pierda, para efectos de prueba, no es una condición que dependa de una formalidad jurídica. Con la categoría “mujer cabeza de familia” se pretende apoyar a la mujer a soportar la pesada carga que por razones, sociales, culturales e históricas han tenido que asumir, abriéndoles oportunidades en todas las esferas de su vida y de su desarrollo personal y garantizándoles acceso a ciertos recursos escasos, al tiempo que se busca preservar condiciones dignas de vida a los menores y personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta a cargo de ella⁴³. (Sentencia C-964 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis)

La Corte Constitucional ha reconocido que, en el marco de la Ley 82 de 1993, la protección estatal a la mujer cabeza de familia se cumple en distintos frentes de acción: “[l]as medidas concretas de apoyo a la mujer cabeza de familia establecidas en la Ley 82 de 1993 son de diversa índole. Así además del llamado general al Estado y a la sociedad para que a partir de la vigencia de la misma busquen “mecanismos eficaces para dar protección especial a la mujer cabeza de familia” (art. 3°), entre ellas pueden citarse las siguientes: (i) la adopción de reglamentos que garanticen su ingreso a la seguridad social de la mujer cabeza de familia y de la familia a su cargo (art. 4°), (ii) la creación de programas de capacitación gratuita y desarrollo de microempresas industriales, comerciales y artesanales; empresas de economía solidaria y empresas familiares, donde la mujer cabeza de familia realice una actividad económica rentable (art. 8° y 20); (iii) Acceso preferencial a los auxilios educativos así como servicio básico de textos y apoyo educativo a las entidades de economía solidaria integradas en su mayoría por mujeres cabeza de familia (art. 9) (iv) la fijación de estímulos para que el sector privado cree programas especiales para las mujeres cabeza de familia (art. 10); (v) el establecimiento mediante reglamento de un factor de ponderación, que beneficie las propuestas de la mujer cabeza de familia o de las personas jurídicas en las cuales ella participe mayoritariamente, en los procesos de adquisición y venta de bienes estatales y de contratación de servicios también con el Estado. Factor que permitirá que se seleccione la oferta de la mujer cabeza de familia o de la correspondiente persona jurídica “siempre que sea por lo menos igual a las de las demás proponentes” (art. 11); (vi) especial atención de las entidades municipales o distritales de vivienda, que en alguna forma reciban recursos del presupuesto nacional o participen en programas que tengan financiación de dicho origen (art. 12); (vii) planes especiales de vivienda (art 13 y 14), (viii) programas especiales de crédito, asesoramiento técnico y vigilancia para las empresas y programas que tengan por objeto apoyar a la mujer cabeza de familia, por parte de las entidades oficiales de crédito (art

15), así como el acceso a líneas de crédito por parte de microempresas, famiempresas y similares que tengan mayoría de mujeres cabeza de familia (art. 20).”⁴⁴

Adicionalmente, en relación con estas normas de protección especial a la mujer cabeza de familia, la Corte Constitucional ha reconocido que aunque el objetivo de las mismas es evitar la discriminación de la mujer puesta en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.), el verdadero propósito de las mismas es garantizar la estabilidad de la célula familiar.

Ciertamente, la Corte ha venido señalando que al dispensar una protección especial a la única figura que tiene a su cargo el cuidado y sostenimiento exclusivo de hijos menores o incapacitados, la ley ampara decididamente los derechos de los últimos, por lo que las normas dispuestas para la protección de madres cabeza de familia deben considerarse intencionalmente dirigidas a la protección del núcleo familiar y de sus componentes. Sobre dicho particular la Corte dijo a propósito de una norma de la Ley 790 de 2003, que dispensaba una protección especial laboral a las madres cabeza de familia:

“Cosa distinta es que, la protección especial consagrada en el artículo 12 de la ley 790 de 2002, pretenda proteger a los hombres, únicamente en razón a que invocando el derecho a la igualdad, no puedan diferenciarse de las mujeres. Ello resultaría contrario a la Carta Política, por cuanto significaría el desconocimiento del precepto constitucional establecido en el artículo 43.

“No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que como se anotó este tipo de disposiciones van encaminadas a proteger los derechos de quienes realmente se encuentran indefensos ante la toma de tales determinaciones, y es precisamente el grupo familiar dependiente de quien es cabeza de familia, llámese padre o madre que no tiene otra posibilidad económica para subsistir.

“Así las cosas, la protección otorgada en la norma no es entonces a la mujer por el sólo hecho de ser mujer, sino por el contexto dentro del cual se encuentra, es decir, tener a su cargo la responsabilidad de la familia”. (Sentencia C-1039 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra) (subrayas fuera del original)

En la misma sentencia, la Corte dijo que la protección especial que la Constitución confiere a las madres cabeza de familia, o a los hombres que están en las mismas condiciones, no va

encaminada únicamente a la protección de la mujer por su misma condición de mujer, sino a la protección de los integrantes menores y discapacitados de la familia, en virtud de la protección que el mismo artículo 44 constitucional confiere a este grupo social.

Dentro de este contexto, debe entenderse que es indiferente quien asume la condición de cabeza de familia, como quiera que los sujetos de protección son los menores, cuyos derechos tienen prevalencia sobre los demás conforme al artículo 44 de la Constitución.

Es decir, conforme a lo expuesto, no se protege en situaciones como la que ahora analiza la Corte a la mujer por ser mujer, ni al hombre por ser tal sino, al uno o al otro cuando tengan la calidad de cabeza del hogar, en razón de la protección constitucional a que tiene derecho la familia (artículo 5 de la Carta), y de manera especial los niños, conforme a lo preceptuado, se repite, por el artículo 44 de la Constitución pues ellos, por su condición, han de ser especialmente protegidos en todo lo que atañe a sus derechos fundamentales.

En conclusión, la protección especial a la mujer cabeza de familia impone un compromiso decidido de apoyo ante circunstancias de real afectación, que se traduce en la necesidad de adopción de acciones afirmativas que allanen las diferencias discriminatorias que puedan atentar contra ellas y contra el núcleo familiar al cual están a cargo. La Corte resumió el principio de esta manera:

10. Análisis de constitucionalidad de la norma demandada

En el caso sometido a estudio, esta Sala encuentra que la medida demandada persigue el aseguramiento de la persona de la cual se infiere razonablemente que puede ser autor o partícipe de una conducta delictiva (art. 308 Ley 906 de 2004).

El fin de la medida es satisfacer la necesidad social de asegurar la comparecencia al juicio de los individuos sobre los que pesa una fundada sospecha de ser responsables de quebrantar el orden jurídico. Igualmente, la disposición penal intenta inmovilizar personas que por sus condiciones particulares, i) requieren ser retenidos para evitar que obstruyan el debido ejercicio de la justicia, ii) constituyen peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima y iii) resulta probable que no comparezcan al proceso o no cumplirán la sentencia (art. 308 Ley 906 de 2004). Por esa vía, la sociedad busca que el particular se haga responsable de su conducta criminal; que los derechos de las personas afectadas por el ilícito sean reparados

(art. 4º C.P.); que se reestablezca el orden social justo (art. 2º) y se dé protección efectiva a los residentes en Colombia en su vida, honra y bienes (ibídem).

En concreto, la norma acusada persigue incrementar los niveles de aseguramiento que garantizan la presencia del imputado o acusado al proceso penal, pues evita que madres cabeza de familia –o el padre que haga sus veces– de hijos mayores de 12 años, reciban la detención domiciliaria como sustituto de la detención en centro de reclusión. En efecto, como la detención domiciliaria representa una modalidad de detención de menor intensidad que la retención en establecimiento carcelario, los índices de deserción procesal podrían tender al alza si tal medida se concediera indiscriminadamente. En tales condiciones, la eliminación del privilegio debería producir un entendible aumento del número de imputados o acusados que comparecen efectivamente al proceso para asumir las consecuencias atribuidas por la sentencia. La retención en establecimiento carcelario ofrece mayor garantía al sistema y, por supuesto, garantiza con mayor eficiencia la comparecencia del reo al proceso.

La dosis de satisfacción que los citados principios constitucionales reciben por gracia de dicha medida no es entonces despreciable. Por el contrario, las ventajas que reporta al sistema son deseables y el Estado recibe beneficio directo de su implantación. Si el Estado no dispusiera de un mecanismo que le permitiera retener provisionalmente a quienes por esta penalmente investigados podrían evadir la acción de la justicia, el éxito de los juicios penales resultaría improbable. La aplicación de justicia se truncaría a fuerza de no contar el Estado con la presencia del condenado. La conservación misma de la paz como valor supremo del Estado (preámbulo C.P.P), pero también como derecho de todo miembro de la sociedad (art. 22 C.P.) correría riesgo de malograrse si se privara al Estado de una herramienta preventiva como la que es objeto de estudio.

En ese esquema, desde el punto de vista exclusivo de la satisfacción de los principios constitucionales recién citados, la medida acusada, en cuanto reduce la posibilidad de deserción procesal de madres cabeza de familia, incrementa los niveles de aseguramiento del procesado y garantiza, con mayor efectividad, la asignación real de la sanción penal.

Con todo, privar a ciertos individuos del beneficio de la detención domiciliaria no es la única alternativa con que cuenta el Estado para garantizar la comparecencia al proceso del imputado o el acusado.

En primer lugar, las medidas de aseguramiento con privación de la libertad constituyen apenas un subgrupo de las medidas de aseguramiento que el Estado puede aplicar a fin de garantizar la debida y efectiva imposición de la sentencia. El artículo 307 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) ofrece un amplio catálogo de medidas cautelares que pueden ser impuestas con ese fin.

Artículo 307. Medidas de aseguramiento. Son medidas de aseguramiento:

A. Privativas de la libertad

1. Detención preventiva en establecimiento de reclusión.
2. Detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento;

B. No privativas de la libertad

1. La obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica.
2. La obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada.
3. La obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez ante sí mismo o ante la autoridad que él designe.
4. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho.
5. La prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
6. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares.
7. La prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa.
8. La prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o

la fianza de una o más personas idóneas.

9. La prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.

El juez podrá imponer una o varias de estas medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer caución prendaria.

En este entendido, puede afirmarse que como la detención residencial no es la única medida de aseguramiento posible para garantizar la comparecencia procesal del investigado, pues el ordenamiento jurídico admite varias alternativas -todas las cuales se reputan idóneas para asegurar la comparecencia del procesado-, la administración de justicia no depende inexorablemente de aquella para garantizar la comparecencia del procesado.

De otro lado, es necesario tener en cuenta que la detención domiciliaria es, en sí misma considerada, una forma atenuada de restricción de la libertad, que se impone cuando concurren algunas de las circunstancias previstas en el artículo 314 del C.P.P. La posibilidad jurídica de que el Estado retenga a un individuo en su lugar de residencia con el fin de garantizar la efectiva imposición de la sanción penal obliga a considerar que la única alternativa para garantizar la comparecencia del imputado al proceso no es la retención en establecimiento carcelario, y que, por tanto, la detención domiciliaria se erige como opción válida para lograr la misma finalidad.

En ese marco de discusión, el sistema jurídico consagra un modelo flexible de retención del procesado que impide considerar la detención en establecimiento carcelario como la única vía para garantizar la imposición de la sanción.

La existencia de otras alternativas atenuadas de privación de la libertad, como las previstas en el inciso segundo de la norma acusada, que le permiten al imputado o acusado desplazarse a recibir controles médicos, atender el parto o, incluso, trabajar, en el caso de las madres cabeza de familia con hijos de menos de 12 años (art. 314 Ley 906 de 2004), constituyen ejemplos adicionales para considerar que la privación radical de la libertad no es la única opción con que cuenta el Estado para garantizar que quienes están implicados en una investigación, comparezcan al proceso para enfrentar su responsabilidad penal.

Lo anterior impone considerar que los principios constitucionales de recta administración de justicia, orden justo, garantía de los derechos de los asociados y responsabilidad del particular efectivamente se satisfacen con una medida como la prevista en la norma acusada, porque incrementan los niveles de comparecencia del procesado a las diligencias penales; pero no lo hacen de manera absoluta ni exclusiva. En otras palabras, el Estado no depende ineludiblemente de la detención en establecimiento carcelario para hacer que el implicado comparezca al proceso. La creación de otros mecanismos jurídicos, la existencia de otras medidas de aseguramiento, de naturaleza distinta y menor severidad, indican que los principios arriba citados pueden hacerse efectivos por vías distintas a la reducción de la libertad en un centro de reclusión.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la medida que dispone la norma acusada, que obliga a ciertos individuos a soportar la detención preventiva en establecimiento carcelario, no es una herramienta sin la cual el Estado no pueda garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, la Corte analizará si dicha restricción resulta proporcional con el sacrificio jurídico que por el otro lado impone: la imposibilidad de que madres cabeza de familia de niños mayores de 12 años, que estén bajo su cuidado, puedan disfrutar de retención en su domicilio.

Lo que en primer lugar constata la Corte es que los criterios para negar la detención domiciliaria de la madre cabeza de familia no son sus condiciones personales, sino la edad del menor hijo. De la lectura de la norma se desprende que no son las características individuales de la madre, sino la edad del menor, lo que fundamenta la concesión del beneficio de la detención domiciliaria, beneficio que claramente ha sido diseñado con un propósito protección de los intereses del niño.

Prueba de lo anterior es que el artículo 314 demandado autoriza al individuo que soporta la detención domiciliaria para solicitar permisos de trabajo, previa suscripción de acta de compromiso. De ello resulta que no es la personalidad del individuo sometido a la medida de aseguramiento, sino la edad de su hijo, lo que habilita la concesión del beneficio.

La consecuencia de la norma se refleja entonces en que dos mujeres, puestas en similares condiciones respecto de la administración de justicia, pueden recibir tratamiento diverso de acuerdo con la edad de los hijos que tengan a cargo y custodia. Ante el caso de dos madres

cabeza de familia –o padre en similares condiciones-, una con un hijo menor de 12 años y otra con uno mayor de esa edad, el juez de garantías podrá conceder la protección a la primera, y deberá negarla a la segunda. De hecho, la aplicación estricta de la disposición impondría que la madre cabeza de familia que ha recibido el beneficio de la detención domiciliaria lo perdería el día en que su hijo cumpla los 12 años.

Así pues, respecto de las madres cabeza de familia con hijos mayores de 12 años que no han cumplido los 18, el sacrificio es palpable: el niño pierde la oportunidad de vivir en su misma casa con la madre o el padre del que deriva el cuidado necesario. A pesar de que ciertos de los argumentos esbozados en la demanda sugieren que la necesidad de la presencia de la madre no es la misma en la temprana edad que a partir de los 12 años, esta Corte considera que la imposibilidad de que la madre asista al cuidado y crianza de un hijo mayor de 12 años trae serias repercusiones para su proceso de formación.

-Vulnerabilidad del adolescente

Ciertamente, pese a que el proceso de formación del individuo se desarrolla prioritariamente entre los 0 y los 12 años, la consolidación de la personalidad encuentra en la adolescencia uno de sus períodos más críticos⁴⁵. De acuerdo con el informe “Adolescencia, una etapa fundamental”, publicado por la UNICEF⁴⁶ en el año 2002, el segundo decenio de la vida de un individuo es trascendental para su proceso de integración humana y social. Si bien los primeros años de vida son cruciales para el ser humano en términos de su formación orgánica, el desarrollo de las facultades racionales, sexuales, sociales y psicológicas se consolida en esta segunda etapa.

De acuerdo con el informe de UNICEF, aquella “es una de las transiciones más complejas de la existencia; sólo la infancia supera a esta etapa en cuanto a ritmo desenfrenado de crecimiento y cambio. Desde el punto de vista físico, los niños pasan, de un día para otro, de ser pequeñas criaturas a convertirse en muchachos de largas piernas y brazos. Maduran sexualmente. También desarrollan la capacidad de razonar con ideas más abstractas, de explorar los conceptos del bien y del mal, de desarrollar hipótesis y de meditar sobre el futuro. A medida que salen al mundo, los adolescentes adoptan nuevas responsabilidades, experimentan nuevas formas de hacer las cosas y reclaman con impaciencia su independencia. Comienzan a cuestionarse a sí mismos y a los demás, y a advertir las

complejidades y los matices de la vida. También empiezan a pensar sobre conceptos como la verdad y la justicia. Los valores y conocimientos que adquieren con los años les beneficiarán inmediatamente y a lo largo de sus vidas”.

El informe resalta que durante la adolescencia el individuo se reconoce como ser social, independiente y responsable. La transición de la niñez a la edad adulta no siempre es fácil, por lo que la adolescencia es considerada como una etapa radicalmente sensible en el proceso de formación del ser humano. A lo anterior agrega:

“Durante la adolescencia, los jóvenes establecen su independencia emocional y psicológica, aprenden a entender y vivir su sexualidad y a considerar su papel en la sociedad del futuro. El proceso es gradual, emocional y, a veces, perturbador. Un joven puede sentirse desilusionado, decepcionado y herido en un determinado momento y, poco después, eufórico, optimista y enamorado. A la vez que luchan con cambios físicos y emocionales, los adolescentes de hoy deben también hacer frente a fuerzas externas sobre las que carecen prácticamente de control. Los imperativos de la cultura, el género, la mundialización y la pobreza han empujado a millones de adolescentes de forma prematura a asumir funciones y responsabilidades propias de adultos. La guerra y los disturbios civiles, el VIH/SIDA, la industrialización, la urbanización y el creciente desempleo han socavado gravemente la educación y el desarrollo de millones más. A medida que desaparecen las redes sociales tradicionales, la estructura de la familia se remodela y a veces se viene abajo, y la capacidad de los sistemas de apoyo de la familia y la comunidad disminuye. Al ver cómo su mundo pierde seguridad, coherencia y estructuras, los adolescentes se ven abocados con demasiada frecuencia a hacer elecciones difíciles, casi siempre sin nadie que los ayude”. 47

La importancia que la fase adolescente tiene para la formación del niño se vincula íntimamente con el deber de protección al menor. Dado que los individuos que empiezan su proceso de formación son especialmente sensibles a las influencias del entorno, la necesidad de neutralizar los factores negativos de riesgo surge como requerimiento apremiante para la familia, la sociedad y el Estado. Al respecto, el citado informe precisa:

“El proverbio swahili “Un hijo será lo que se le ha enseñado” ilustra cuánto aprenden los jóvenes de los ejemplos que les dan las personas que hay a su alrededor. Muchos de los riesgos que asumen los adolescentes no son tanto un reflejo de sus propias actitudes y

deseos, sino más bien la consecuencia de presiones que ejercen sobre ellos algunos adultos, por sus formas de comportamiento abusivas y explotadoras, por los ejemplos que establecen y por las políticas que crean. En un momento en que los niños y las niñas se están transformando en hombres y mujeres, quizás las más influyentes de todas las presiones a las que están sometidos sean los estereotipos de género. Las mujeres jóvenes pueden llegar a pensar, por ejemplo, que sólo se les considerará adultas cuando se casen y que incluso entonces se espera de ellas que sean sumisas y obedientes, y no decididas y activas. Los hombres jóvenes a menudo asumen que se considera viril ejercer autoridad y control sobre niñas y mujeres, e incluso es apropiado abusar de ellas y tratarlas con violencia.

De lo anterior es posible concluir que la presencia de los padres en la etapa de crecimiento que va desde los 12 a los 18 años es indispensable para el proceso de formación del individuo. Por ello, la Corte entiende que privar al menor de la presencia de su madre o de su padre tiene serias repercusiones negativas en el normal desenvolvimiento de su proceso de formación, lo que implica que el sacrificio que impone la norma a los derechos prevalentes de los niños sea más que significativo.

Para magnificar el efecto negativo de la disposición en el grupo de menores de edad que va de los 12 a los 18 años, vale la pena considerar en todos sus aspectos las circunstancias en que opera la norma. La disposición se refiere a la negativa de reconocimiento de la detención domiciliaria a madres cabeza de familia, o a padres puestos en similares condiciones, por lo que la consecuencia lógica es que los hijos mayores de 12 años, que no han cumplido los 18, se ven enfrentados a la privación de la única figura paterna o materna. Como la norma no se hace efectiva cuando el menor cuenta con ambos padres, sino, sólo con uno, del que además depende en términos de cuidado, la disposición afecta claramente a niños que a partir de la imposición de la medida se verían desprovistos de cualquier referencia parental.

Del mismo modo, repárese en el hecho de que la norma se dirige a conceder el beneficio residencial a la madre de hijo menor de 12 años que esté bajo su cuidado, situación que ilustra, sin mayor dificultad, la condición de abandono que afrontaría el menor de 18 años, mayor de 12 años, a cuya madre cabeza de familia debe negársele la ventaja domiciliaria, si se aplicara la disposición en todo su rigor.

En suma, la norma afectaría a niños entre 12 y 18 años que sólo tienen la presencia de su

madre o de su padre y que además se encontraban bajo el cuidado exclusivo de uno de ellos.

Los primeros derechos que por vía de dicha desprotección podrían verse afectados son el derecho a la integridad personal y a recibir alimentos. No obstante, similares consecuencias pueden esperarse en relación con la protección de los demás derechos fundamentales constitucionales citados en el artículo 44 de la Carta Política, cuya integridad podría verse en entredicho si se privara al menor de la presencia de la única figura paterna de la cual deriva el cuidado exclusivo.

En las condiciones previstas, esta Corte considera que la distinción de trato otorgada por la norma reduce severamente el esquema de protección de los derechos del menor y resulta injustificada a la luz de los fines perseguidos por la norma. En particular, la Corporación considera que no existe proporción entre la satisfacción de los principios constitucionales perseguidos por la disposición, con el sacrificio a que se someten derechos que por orden constitucional tienen un peso jurídico abstracto.

Tal como previamente se indicó, la decisión de suprimir el beneficio de la detención domiciliaria a madres cabeza de familia de hijos mayores de 12 años podría incrementar significativamente los niveles de aseguramiento que permiten una mayor eficiencia en la comparecencia de éstas a las resultas del proceso, pero es constitucionalmente reprobable que dicha supresión ocurra como único resultado de haberse cumplido el año 12 de vida de su hijo, sobre todo cuando se tiene en cuenta que la detención en establecimiento carcelario no es una medida necesaria, ineludible o impostergable para la recta aplicación de la justicia.

Ciertamente, quedó establecido que el Estado dispuso de un tratamiento menos riguroso en términos de preservación de la libertad a favor de mujeres cabeza de familia, madres de menores de 12 años, pero no existe justificación para negar el privilegio a mujeres puestas en las mismas condiciones, por razón exclusiva de la existencia de un hijo mayor de 12 años –pero todavía menor de edad-, cuando la Constitución ha dicho que la protección prevalente perdura hasta los 18 años.

Ahora bien, en relación con los efectos de la disposición acusada, bien podría argüirse que en virtud de la declaratoria de inexecutable de la medida, el Estado podría sufrir un perjuicio

palpable al perder la oportunidad de que las madres cabeza de familia de hijos mayores de 12 años reciban tratamiento preventivo en establecimiento carcelario. Sin embargo, si dicho perjuicio efectivamente existiera, también sería predicable de las madres cabeza de familia, o de los padres puestos en similares condiciones, de niños menores de 12 años. Para efectos de la no comparecencia al proceso del sujeto investigado, si la mujer es madre de un niño menor de 12 años o de uno mayor, el riesgo procesal permanece estable.

El grado de desprotección se ve incrementado también si se tiene en cuenta que la medida acusada afecta a niños mayores de 12 años que dependen totalmente de su padre o madre cabeza de familia, es decir, cuyo sustento está depositado en la persona que por disposición de la norma acusada tendría que someterse a detención preventiva en establecimiento carcelario.

Sobre dicho particular, valdría la pena resaltar que la Corte Constitucional, en la ya citada providencia C-247 de 2004, declaró inexecutable el artículo 233 de inasistencia alimentaria del Código Penal (Ley 599 de 2000), que establecía un agravante de responsabilidad para el delito que se cometiera en contra de los intereses de una persona menor de 14 años.

La decisión de la Corte se erigió sobre la consideración de que establecer diferencia de trato entre menores de edad, para efectos de reducir la protección que se debe en materia de alimentos, constituía una distinción inaceptable en cuanto a la protección de sus derechos prevalente. Sobre el particular afirmó:

“Al respecto el artículo 45 constitucional señala claramente que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral, mandato que reitera la Corte debe concordarse necesariamente con el artículo 44 superior en el que se establecen dentro de los derechos fundamentales de los niños la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. De la misma manera que se establece la obligación de protegerlos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Al tiempo que se establece la obligación para la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dentro de los que se cuentan

además de los consagrados en la Constitución, los que se establecen en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“Las obligaciones así establecidas no pueden entonces predicarse solamente respecto de determinados menores sino de todos, y en consecuencia de todos los adolescentes en tanto no hayan cumplido 18 años⁴⁸.

“En ese orden de ideas es claro para la Corte que el Legislador en ejercicio de su potestad de configuración legislativa en materia penal en cuanto decidió establecer como delito la inasistencia alimentaria y decidió señalar como causal de agravación punitiva el hecho de que dicho delito se cometa contra determinadas personas - en este caso menores de 14 años -, para el efecto no podía establecer diferencias entre los menores, pues es en relación con todos que la Constitución ordenó una protección integral”. (C-247 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis)

En el caso que ahora es objeto de estudio, la Corte coincide con la posición citada, pues evidencia que por disposición de la norma sub iudice, los hijos mayores de 12 años de madre cabeza de familia se verían en la total desprotección si la norma se mantuviera en el escenario jurídico. La disposición acusada despoja de dicha posibilidad a los menores de edad -que ya cumplieron los 12 años- y que estén bajo el cuidado de sus madres o de sus padres. En ese sentido, los argumentos relativos a la protección del menor cobran plena vigencia, pues la imposibilidad de que la madre -o el padre- del mayor de 12 años cumpla la detención domiciliaria en la residencia, impide que éste cumpla con sus obligaciones alimentarias.

“Téngase en cuenta que si bien la potestad de configuración del Legislador en materia penal es amplia, ella debe respetar los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales⁴⁹ y que en este sentido no puede desconocer los mandatos contenidos en los artículos 44 y 45 superiores, de los que se desprende, en concordancia con las normas internacionales sobre la materia⁵⁰ y en particular con la Convención sobre Derechos del Niño, incorporada al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991⁵¹, la igual protección que se debe a todos los menores en materia de alimentos”. (Sentencia C-274 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis)

En este punto la Corte reitera su posición en el sentido de afirmar que las diferencias de trato

que la ley puede otorgar a los menores de edad por razón de su grado de madurez sólo son legítimas si persiguen enfatizar una modalidad peculiar de protección jurídica o están encaminadas a integrar progresivamente al menor al escenario social, mas no si pretenden reducir el esquema de protección dispuesto por la Carta. En el caso de la norma estudiada, la medida abre una amplia brecha de desamparo para el menor de edad que ya cumplió 12 años, pues le impide contar con la presencia de su madre o de su padre justamente en una etapa crucial para su desarrollo individual, cuando se ha verificado que dependía de éste para su cuidado.

La inconstitucionalidad aquí delatada cobra mayor contraste si se la mira, además, en relación con el tratamiento que por virtud de la Ley 750 de 2002 se confirió a las madres cabeza de familia penalmente sancionadas y en contra de quienes se impone una pena privativa de la libertad. El artículo 1º de la ley dispuso el siguiente reconocimiento a favor de la infractora:

Artículo 1º. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

Aunque la norma fue declarada exequible por la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, pero en cuanto a la ampliación del beneficio al padre cabeza de familia que se encontrare en las mismas condiciones de la mujer, la providencia enfatizó que el beneficio debía concederse a las madres cabeza de familia, o a los padres que estuvieran en sus mismas condiciones, habida cuenta no tanto de su propia condición, sino de la existencia de menores a cargo. A este respecto dijo la Corporación:

“Por estas razones la Corte también reconocerá el derecho de prisión domiciliaria en los términos en que está consagrado en la Ley 750 de 2002 a aquellos hombres que se encuentren en la misma situación, de hecho, que una mujer cabeza de familia que esté encargada del cuidado de niños, y cuya presencia en el seno familiar sea necesaria, puesto

que efectivamente los menores dependen, no económicamente, sino en cuanto a su salud y su cuidado, de él. De esta manera la Corte asegura la posibilidad de que se cumpla el deber que tienen los padres en las labores de crianza de sus hijos alejándose así del estereotipo según el cual, el cumplimiento de este deber sólo es tarea de mujeres y tan sólo a ellas se les pueden reconocer derechos o beneficios para que cumplan con dichas labores”. (Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

En conclusión, la Corte verifica que el legislador puede perseguir el aumento en los índices de comparecencia de los procesados a las diligencias penales, lo cual logra mediante el incremento de la severidad de las medidas de privación de la libertad de los procesados, pero simultáneamente constata que ese incremento no puede obtenerse a costa de la preservación de derechos que tienen un peso jurídico prevalente, sobre todo desde la consideración de que aquellas medidas no son absolutamente indispensables para la obtención de los fines previstos.

Por ello, la Corte encuentra que la ponderación de los principios involucrados en el análisis precedente debe resolverse a favor de los derechos de los menores de edad, específicamente en consideración a la preeminencia constitucional de sus garantías y al interés superior del menor que, con el peso abstracto citado, constituyen criterios definitorios de orden constitucional para los conflictos jurídicos surgidos entre aquellos y otros intereses y derechos de rango equivalente.

- Potestad de valoración del juez de control de garantías

Ahora bien, esta Corte debe precisar que la declaratoria de inexecutable del aparte demandado no implica, de ninguna manera, que el beneficio de la detención domiciliaria deba automáticamente concederse a la madre o al padre de cualquier menor de 18 años, sin consideración a sus condiciones fácticas particulares.

Ciertamente, el artículo demandado tiene una clara finalidad proteccionista, por lo que su aplicación debe entenderse circunscrita a las condiciones particulares de los menores involucrados y a la existencia de una verdadera situación de indefensión. En ese sentido, corresponde al juez de control de garantías evaluar la situación del menor cuya madre o padre deben soportar una medida de aseguramiento, con el fin de determinar si resulta factible conceder el beneficio de la detención domiciliaria. De hecho, la misma norma precisa

que la detención preventiva en establecimiento carcelario podrá ser modificada por la detención domiciliaria, en expreso reconocimiento de que la valoración de su concesión debe quedar a cargo del juez de control de garantía.

Sobre este particular debe decirse que, en primer lugar, es requisito legalmente impuesto que el menor no cuente con otra figura paterna, es decir, que a quien debe imponerse la medida de aseguramiento sea la madre cabeza de familia o el padre que esté en dichas condiciones. La existencia de otra figura paterna reclama la obligación de cuidado por parte de quien no se ve afectado por la detención preventiva y elimina el factor de desprotección que haría operante la disposición.

En el análisis respectivo debe considerarse, por supuesto, la definición de madre cabeza de familia consagrada por la Ley 82 de 1993 y que se refiere a aquella mujer que “quien siendo soltera o casada, tenga bajo su cargo, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar”, así como los criterios identificadores suministrados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en esencia son los establecidos en la Sentencia SU-388 de 200552, previamente citada.

De otro lado, la norma establece como requisito necesario que quien debe soportar la medida de detención preventiva efectivamente esté al cuidado del menor cuya protección se reclama. La condición de que el menor deba estar “bajo el cuidado” de la persona que debe soportar la medida de aseguramiento es un concepto que debe ser valorado en cada caso por el juez de control de garantías, pero cuya recta aplicación está dirigida a impedir que por virtud de la retención del padre o la madre en un centro de reclusión, el menor quede en completo desamparo.

Ahora bien, esta Corporación reconoce que el concepto de “estar bajo el cuidado” de la madre o padre cabeza de familia a favor de quien se aplica la norma es un requisito implícito de la condición de mujer cabeza de familia, tal como lo indica el artículo 2º de la Ley 82 de 1993 y que, por tanto, su mención en esta norma procesal penal resulta redundante. No obstante, dicha circunstancia no lo hace inexecutable, ni mucho menos inoperante, por lo que

de cualquier modo el cumplimiento del requisito debe ser verificado y valorado adecuadamente por el juez competente.

Así, por ejemplo, el hecho de que el menor esté al cuidado de otro familiar o que en virtud de sus condiciones particulares reciba el sustento de otra fuente o, incluso, habilitado por una edad propicia, se encuentre trabajando y provea lo necesario para su subsistencia, podrían considerarse como circunstancias exceptivas que darían lugar a impedir, según la valoración del juez, que se conceda el sustituto de la detención domiciliaria. En este punto, resulta imposible a la Corte enumerar cuáles son las condiciones concretas en que el cuidado del menor se vería o no perjudicado por la decisión de separarlo de su madre o de su padre, pero es claro que sobre las circunstancias fácticas del juicio, es el juez competente el encargado de valorar – siempre a la luz del interés superior del menor- si dicha separación comporta el abandono real del niño.

De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma es garantizar la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio⁵³.

Adicional a lo anterior, la Corte insiste que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores. Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.

El juez en cada caso analizará la situación especial del menor, el delito que se le imputa a la madre cabeza de familia, o al padre que está en sus mismas circunstancias, y el interés del

menor, todo lo cual debe ser argumentado para acceder o negar el beneficio establecido en la norma que se analiza.

Los límites y controles a la concesión de la medida de detención preventiva domiciliaria se complementan, además, por las disposiciones legales del artículo 314 estudiado, que imponen al procesado el cumplimiento de ciertas obligaciones tendentes a garantizar su comparecencia al proceso, como son “permanecer en el lugar o lugares indicados, a no cambiar de residencia sin previa autorización, a concurrir ante las autoridades cuando fuere requerido, y, adicionalmente, podrá imponer la obligación de someterse a los mecanismos de control y vigilancia electrónica o de una persona o institución determinada, según lo disponga el juez”.

Hechas las anteriores precisiones, la Corte reitera que la declaratoria de inexecutable de la norma no es una autorización automática al juez para que, siempre que encuentre hijos menores de edad, conceda el beneficio indicado. El criterio matemático y formal de la edad del menor debe ser sustituido por el criterio material, fáctico y concreto del interés superior del niño, por lo que la responsabilidad de garantizar el bienestar de todo menor de edad que está en dicha posición reposa en el juez competente.

Las consideraciones anteriores llevan a la Corte a concluir que la expresión “de doce (12) años”, contenida en el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 es inexecutable, no porque llanamente establezca una diferencia de trato entre los menores de 12 años y los mayores de esa edad, pues dicha diferencia de trato no es prohibida por los textos constitucionales y, en cambio, algunas normas legales avaladas por la Corte lo permiten, sino porque esa diferencia de trato en el caso de la norma sub iudice reduce injustificada y desproporcionadamente el esquema de protección prevalente del menor de 18 años. No obstante, el juez deberá verificar en cada caso concreto que efectivamente se cumplan las condiciones de desprotección del menor para conceder el beneficio de la detención preventiva domiciliaria, es decir, debe tener en cuenta, siempre que analice su procedencia, el interés superior del menor.

11. Situación del hijo discapacitado

En su concepto de rigor, el señor Procurador General solicita a la Corte Constitucional declarar la executable del artículo 314 de la Ley 906 de 2004, bajo la condición de que se

entienda que la detención domiciliaria puede concederse a la madre cabeza de familia de hijo físicamente incapaz, no sólo de aquellos con incapacidad mental permanente, a los que se refiere la norma.

Ciertamente, el artículo demandado establece que la detención preventiva en el domicilio se concederá a la madre cabeza de familia de hijo menor de doce (12) años, pero también al que sufiere incapacidad mental permanente.

En Sentencia C-184 de 2003, previamente citada en esta providencia, se dispuso por parte de la Corte extender la protección especial en caso de detención domiciliaria a los hijos incapaces, independientemente del origen de su incapacidad. Ante el análisis de una disposición que en lo fundamental coincidía con la que ahora es objeto de estudio⁵⁴, la Corte determinó que la protección al hijo no puede limitarse a la del que sufre de una incapacidad mental, pues el espectro de amparo dispuesto por la Carta protege tanto a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, sea cual sea el origen de su deficiencia (art. 13 C.P.), como a los hijos incapacitados (art. 42 C.P.)⁵⁵.

En la misma providencia la Corte dispuso extender el beneficio de que trataba la norma a los hijos incapacitados por razones físicas, pues consideró que dicha protección se encontraba implícita en los artículos constitucionales previamente citados. Las reglas de protección para los discapacitados también se incluyen en disposiciones como el artículo 47, según el cual el “Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”, el 54, que consagra el deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el 68, que en su último inciso indica que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que los compromisos implícitos de Estado Social de Derecho imponen la adopción de acciones afirmativas tendentes a garantizar la protección de personas que por condiciones físicas o mentales se encuentran en incapacidad de proveer su propio cuidado y manutención. La Corte reconoce a este respecto que la relativa dificultad para reclamar protección efectiva de sus derechos, ha hecho de las

incapacitados un grupo social silencioso que, por sus características particulares, requiere de un apoyo decidido de la comunidad.

“Tal como ha ocurrido con otros grupos sociales, los discapacitados han sido objeto constante de marginación social a través de los siglos. La discriminación contra los discapacitados presenta, sin embargo, características que le son propias y que no se observan en otros casos. Por un lado, porque el sector de los discapacitados ha sido durante largos períodos una minoría oculta o invisible, en la medida en que en muchas ocasiones las personas afectadas por discapacidades fueron internadas en instituciones o mantenidas por fuera del ámbito de la vida pública. De otra parte, porque la minoría de los discapacitados es tan heterogénea como disímiles son las limitaciones que pueden causar las múltiples formas en que se manifiestan las discapacidades. Y finalmente, porque la discriminación contra los discapacitados frecuentemente es ajena al alto grado de hostilidad, odio e irracionalidad que acompaña otras formas de discriminación, tal como la que causa la segregación racial. En efecto, en muchos casos la discriminación contra los discapacitados no tiene origen en sentimientos de animadversión, y recibe una justificación con la limitación física o mental que presenta la persona afectada – claro está, haciendo caso omiso de las condiciones especiales de cada discapacidad y de los diferentes grados de limitación que ellas pueden generar. De esta manera, la marginación de los discapacitados frecuentemente no está acompañada de hostilidad, sino que es más bien producto de ignorancia, de prejuicios, de simple negligencia, de lástima, de vergüenza o de la incomodidad que genera el encuentro con personas diferentes”.⁵⁶ (Sentencia T-207/99 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz)

En tales condiciones, las medidas adoptadas por el Estado, además de evitar la inclusión de trato discriminatorio respecto de dichos individuos, deben establecer mecanismos que efectivamente garanticen la protección especial que dicho grupo humano requiere. Así -lo ha dicho la Corte- “el compromiso que tiene el Estado para con las personas discapacitadas es doble: por una parte, debe abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de trato; por otra, con el fin de garantizar la igualdad de oportunidades, debe remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas”⁵⁷.

En el caso de la norma bajo estudio, la disposición establece la posibilidad de que el juez

conceda la medida de detención preventiva en el domicilio del procesado a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en las mismas condiciones fácticas, de hijo que sufra incapacidad mental permanente. No obstante, a juicio de la Corte, la incapacidad mental permanente es apenas uno de los tipos de incapacidad que merece protección especial. En ese sentido, la medida resulta discriminatoria en cuanto que sólo protege a los discapacitados por razones mentales, dejando en desprotección a los hijos de personas procesadas que por razones físicas no pueden proveerse lo suficiente para su cuidado y manutención.

En virtud de que la disposición señalada incluye un criterio de diferenciación que no se compadece con el rango de protección que ofrece la Constitución Política -pues, además, la condición de ser incapaz mental no se incluye en la Carta como criterio válido de diferenciación - la Corte considera que el mismo es contrario a los preceptos fundamentales.

Pese a que la norma que aquí se declara no fue expresamente demandada, esta Corporación considera legítimo acoger la petición de la Procuraduría en atención al precedente jurisprudencial aquí anotado, a la abierta incompatibilidad de la disposición con la Constitución Política y, además, a la necesidad de definir el marco de protección de los hijos afectados por la medida de detención preventiva dispuesta por la norma, que sin duda afecta personas puestas en debilidad manifiesta, sometidas a un régimen especial de protección estatal.

No obstante, en lugar de declarar la exequibilidad condicionada de la norma, como lo sugiere el Ministerio Público, la Corte declarará la inexecutable de la expresión "mental", contenida en la misma disposición, pues con ello se amplía el espectro de incapacidades que pueden ser amparadas por la ley. De este modo, la remoción de la expresión "mental" permite que hijos con incapacidad física permanente sean considerados para efectos de la concesión del beneficio de detención domiciliaria

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLES las expresiones “de doce (12) años” y “mental”, contenidas en el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA C-154 DE 2007 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA

DETENCION DOMICILIARIA DE MADRE O PADRE CABEZA DE FAMILIA (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-6388

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 5º (parcial) del artículo 314 de la Ley 906 de 2004

Magistrado Ponente:

Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

Con el debido respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito aclarar mi voto a la presente sentencia, con fundamento en las siguientes razones:

1. En primer término, considero necesario observar que la norma acusada no es absolutamente irrazonable, pues en materia de protección de los menores hay que tener en cuenta los distintos grados de protección que se deben otorgar según la edad.
2. En segundo término, debo manifestar mi acuerdo con la tesis acerca del bloque de constitucionalidad, aunque considero que se deben hacer algunas precisiones sobre los menores de edad que superan los 12 años, quienes tienen un estatus especial en materia de responsabilidad penal y que en el caso de los mayores de 14 años, se les autoriza a trabajar con algunas restricciones.

En este sentido, si bien acepto que aún en el caso de los mayores de 12 años se puede

establecer la protección consagrada en el numeral 5º del artículo 314 del Código de Procedimiento Penal, considero que en general no debe haber distinciones entre los hijos menores de edad en la aplicación de la norma.

3. En este orden de ideas, en mi concepto, la norma consagrada en el numeral 5º del artículo 314 de la Ley 906 de 2004 es exequible siempre y cuando proteja a todos los hijos menores e incluya a los hijos discapacitados que dependen de la madre o el padre cabeza de familia, aún cuando éstos últimos sean mayores de edad.

4. Adicionalmente, considero necesario reiterar que la regla general es la libertad y la excepción, su privación. Así mismo, considero que es indudable que en materia penal nadie se puede beneficiar de la situación de tener un menor de edad que no ha cuidado antes. De otra parte, debo manifestar mi preocupación respecto de dejar a la total discrecionalidad del juez la determinación de la procedencia de la detención domiciliaria, cuya hipótesis en el caso de los menores es clara y no puede prestarse a favoritismos.

Con base en lo expuesto, aclaro mi voto a la presente decisión.

Fecha ut supra,

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

* Publicado en la edición del Diario Oficial No. 45.657 del martes 31 de agosto de 2004

2 “Art. 10. Num 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”

3 “ART. 16.—Derecho de la niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la

sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer el amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.”

4 Sentencia C-1064 de 2000

5 Este mandato se encuentra contenido en el Código del Menor básicamente en los mismos términos en el artículo 20. Dice la norma: “Las personas y las entidades tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor.”

6 Sentencia C-157 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

7 Sentencia C-1064 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis

8 “CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ARTICULO 1º Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

9 Sentencia C-019 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón

10 Ver también las sentencias T-415 y T-727/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

11 Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Arujo Rentería.

12 En providencia C-019 de 1993 (M.P. Ciro Angarita Barón) la Corte había indicado que en Colombia, los adolescentes poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, pero gozan de los mismos privilegios y derechos fundamentales que los niños, y son, por lo tanto, “menores” (siempre y cuando no hayan cumplido los 18 años), para todos los efectos del Código del Menor.

13 Sentencia C-092/02

14 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

15 Ver a este respecto SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN, Op. Cit., p. 1402. En relación con las Convenciones de Ginebra, explica PICTET, Jean S. (ed.), *Commentaire aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité International de la Croix-Rouge, Genève, Vol. IV, 1956, p. 201, que el límite de edad de quince años se seleccionó por cuanto el desarrollo de las facultades de los menores, a partir de esta edad, es en términos generales de un grado tal que no se impone la misma necesidad de adoptar medidas especiales; y en relación con el límite de edad de doce años (para la adopción de medidas de identificación de los menores), explica que a partir de tal edad se entiende que los niños son generalmente capaces de identificarse a sí mismos. En relación con estas reglas, explican SANDOZ, SWINARSKI y ZIMMERMANN que se requiere un nivel elemental de elasticidad al momento de su aplicación, dado que pueden existir individuos que son niños todavía a pesar de tener más de 15 años, tanto física como mentalmente («L'âge de quinze ans correspond, le plus souvent, à un développement des facultés tel que des mesures spéciales ne s'imposent plus avec la même nécessité. Il convient cependant de garder une certaine élasticité, car on peut se trouver en face d'individus qui, même au-delà de 15 ans, sont encore des enfants, aussi bien physiquement que mentalement » (op. cit., p. 924)).

16 Según la acerca (sic) del “desarrollo y salud adolescente en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en la medida que toda persona menor de 18 años es considerada “niño” se entiende que los “adolescentes” se encuentran incluidos en este grupo.

17 Observación General N°4 (2003) del Comité sobre los Derechos del Niño.

18 Decreto 100 de 1980, artículo 303.- Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce años, incurrirá en prisión de uno (1) a seis (6) años”.

19 Decreto 100 de 1980, artículo 303.- Corrupción. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión.

20 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

21 Ley 65 de 1993 (por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario) “Artículo 153 —

Permanencia de menores en establecimientos de reclusión. La dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario permitirá la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos de las internas, hasta la edad de tres años. //El servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a los menores que se encuentren en los centros de reclusión. Las reclusiones de mujeres tendrán guardería.”

22 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

23 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

24 El derecho a la igualdad no puede aplicarse de manera automática o mecanicista, pues dicho principio no sólo “exige tratar igual a los iguales, sino también desigualmente las situaciones y sujetos desiguales. Comporta además un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias, y otro mandato de trato diferenciado cuando las diferencias sean más relevantes que las similitudes” (Sentencia C-106 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

25 Sentencia C-534 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto “es el deber de aplicar por igual la protección general que brinda la ley (obligación para la autoridad que aplica la ley)”.

26 Ibídem “ “Todas las personas (...), recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de las mismos derechos y oportunidades...”. En la sentencia C-673 de 2001 esta Sala presentó la obligación de la igualdad de trato como en el derecho comparado se ha desarrollado. En algunos casos se ha establecido como “el principio de igualdad de trato”. En dicha sentencia se recordó que: “[e]n efecto, en los Estados Unidos desde el año 1920 se menciona explícitamente el test leve aplicable al examen de una medida legislativa para determinar si vulnera el principio de igualdad de trato. (...) La Corte [Europea de Derechos Humanos] adoptó esta metodología por considerar que debía seguir los principios que pueden ser extraídos de la práctica jurídica de un amplio número de estados democráticos según la cual el principio de igualdad de trato es violado si la distinción carece de una justificación objetiva y razonable...” (énfasis fuera de texto). De esta evolución de la obligación de trato igual, como principio de igualdad de trato contenido en el principio general de igualdad, ha hecho parte también esta Corte. Entre otras, en la citada C-504 de 2004: “[en] la segunda dimensión, la igualdad de trato (...) se garantiza a todas las personas

que la ley que se va a aplicar no regule de forma diferente la situación de personas que deberían ser tratadas igual, o lo contrario, que regule de forma igual la situación de personas que deben ser tratadas diferente. La ley desconoce esta dimensión cuando las diferencias de trato que establece no son razonables””

27 Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería.

28 Sentencia C-247 de 2004 M.P. Álvaro Tafur Galvis

29 Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

31 Sentencias C - 301 de 1993, C - 106 de 1994, C - 689 de 1996, C-327 de 1997 y C -425 de 1997.

32 Sentencia C-774 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

33 Sentencia C-634 de 2000

34 Convención sobre los Derechos del Niño -Ley 12 de 1991-: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

35 “[Los] principios constitucionales, a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben ser respetados por la ley. Por ende, una disposición legal incompatible con un principio constitucional debe ser declarada inexecutable, en caso de que no admita una interpretación conforme a la Carta. Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios y valores constitucionales es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el Preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma -sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”. C-126 de 1998

36 Consúltense también las Sentencias T-612 de 1992 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) y

C-475 de 1997 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

37 Sentencia T-013 de 2006 M.P. Rodrigo Escobar Gil

38 Sentencia C-575 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

39 Convención sobre los Derechos del Niño -Ley 12 de 1991-: 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

40 Cfr. R. Alexy “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales” Centro de Estudios, 2004, Madrid. Pág 48.

41 Sentencia C-041 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4242 Ver al respecto, entre otras, las sentencias T-414/93, C- 410/94 , C-034/99, C-371/00, C-184/03

43 Ver la Sentencia C- 184/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. A.V. M. Jaime Araujo Rentería.

44 Sentencia C-964 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis

45 “Los especialistas en neurociencias creían antes que casi la mitad de las conexiones cerebrales estaban ya establecidas cuando un niño entraba en el jardín de infancia, y que la única tarea de desarrollo que quedaba era asegurar esas conexiones. Ahora disponemos de estudios recientes que muestran que el cerebro experimenta un ciclo continuo de crecimiento cada pocos años y que, a partir de aproximadamente los 11 años de edad, se produce una explosión de actividad eléctrica y fisiológica, que reorganiza drásticamente miles de millones de redes neuronales que afectan a las aptitudes emocionales y a las habilidades físicas y mentales. La cantidad de materia gris en algunas zonas del cerebro puede casi doblarse en sólo un año. Luego, desde la mitad de la segunda década hasta mediada la tercera, se purgan las células que no se necesitan y el cerebro continúa reorganizándose.

“Durante la primera adolescencia, se produce un avance fenomenal en el pensamiento abstracto. El córtex prefrontal (situado detrás de la frente) desarrolla nuevas e importantes funciones y no madura totalmente hasta la edad de 18 años. Actúa como comandante en jefe, responsable de la planificación, organización y juicio, encargado de resolver problemas y del control emocional. Además, áreas del cerebro asociadas con funciones como la integración de la vista, el olfato y la memoria se desarrollan durante la adolescencia, al igual que el área cerebral que controla el lenguaje.

“A medida que el cerebro se reorganiza, se crean modelos que servirán de base para reforzar las conexiones mediante una actividad física o mental. Los científicos creen que la época que media entre los 10 y los 20 años puede ser clave para ejercitar el cerebro y que los adolescentes que aprenden a poner en orden sus pensamientos, medir sus impulsos y pensar de forma abstracta pueden establecer bases neuronales importantes que perdurarán a lo largo de sus vidas. También creen que los jóvenes que practican deportes y actividades académicas o musicales refuerzan de forma positiva esas conexiones a medida que maduran los circuitos.

“Por otra parte, los traumatismos, el maltrato, la falta de cuidados y el abuso de drogas y alcohol pueden cambiar el sistema sináptico del cerebro, confundiendo tanto su arquitectura como su química. Debido a que estas influencias pueden afectar de forma importante y negativa al funcionamiento del cerebro y a la capacidad de aprendizaje, pueden en última instancia limitar las opciones y oportunidades del adolescente en el futuro. “Adolescencia, una etapa fundamental”, UNICEF, 2002,

[Http://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub_adolescence_sp.pdf](http://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub_adolescence_sp.pdf)

46 Idem

47 idem

48 Ibidem Sentencia C-092/02 M.P. Jaime Araujo Rentería. Ver también, entre otras, las sentencias C-019 de 1993 M.P. Ciro Angarita Barón, T-415 y T-727/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

49 Sentencia C-420/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño

50 Declaración de los Derechos del Niño de 1959; el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscrito en La Haya, el 29 de mayo de 1993 y aprobado por la Ley 265 de 1996, la Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica aprobado mediante la Ley 16 de 1972, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado mediante la Ley 74 de 1968 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.

51 La Convención sobre Derechos del Niño consagra en efecto en su artículo 1° que: “para efectos de la presente convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”.

El artículo 3 por su parte establece lo siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño.”

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas que sean responsables de él ante la ley y con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

52 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

53 “Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo

merezcán, en razón a que es lo mejor en el interés superior del niño, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea”. Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

54 “LEY 750 DE 2002 Artículo 1°. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente”.

56 Sentencia T-207/99 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta oportunidad se estudió el caso de un médico discapacitado, a quien la Dirección de Salud de Caldas se negó a asignarle una plaza para realizar su servicio social, en razón de su condición física. Por ello, la Corte concedió el amparo al considerar que: “Desde el punto de vista del principio de igualdad, en su especial aplicación a las personas discapacitadas, el Estado debe intentar, en la medida de lo posible, adaptar su estructura a las posibilidades de los discapacitados. La ausencia de acciones en ese sentido supone una vulneración del derecho de igualdad, en su forma especial de aplicación a los asociados discapacitados”.

57 Sentencia T-1031 de 2005 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto