Sentencia C-157/02

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Incumplimiento de requisitos se distingue de una mejor sustentación

Sí se advierte una diferencia entre una demanda que no cumple con los requisitos y una demanda que podría estar mejor sustentada. En la primera situación lo propio es inadmitir la demanda, pero en la segunda, en virtud del principio pro actione, de la informalidad de la acción y de que está en juego el ejercicio de un derecho político, lo propio es admitirla.

COSA JUZGADA APARENTE-Cosa no juzgada

COSA JUZGADA APARENTE-Elementos

Este es uno de los casos de cosa juzgada aparente pues se trata de una norma que: (i) pese a haber sido declarada constitucional en la parte resolutiva de un fallo (ii) no fue objeto ni de mención ni de análisis en la parte motiva del mismo. Simplemente se cuenta con la apariencia de que se hubiese juzgado la exequibilidad de una norma.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Defensa derechos de los niños

DERECHOS DEL NIÑO-Doble categorización/DERECHOS DEL NIÑO-Fundamentales/DERECHOS DEL NIÑO-Prevalencia

El primer aspecto a resaltar del artículo 44 de la C.P. es la doble categorización que hace de las garantías contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional, dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste.

DERECHOS FUNDAMENTALES-No son absolutos/DERECHOS DEL NIÑO-Limitación debe contar con argumentos poderosos

DERECHOS DEL NIÑO-Garantías generales/DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Contenido especial

DERECHOS DEL NIÑO-Garantías especiales/DERECHOS DEL NIÑO A UNA ALIMENTACION EQUILIBRADA/DERECHOS DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR

DERECHOS DEL NIÑO-Formas de agresión

DERECHOS DEL NIÑO-Obligación concurrente de protección/DERECHOS DEL NIÑO-Objetivos de la asistencia y protección

En cuanto a quién debe proteger a los menores y cómo debe hacerlo, la norma indica que se trata de una obligación concurrente de la familia, la sociedad y el Estado. A ellos corresponde

asistir y proteger a la niñez con dos objetivos: (a) garantizar su desarrollo armónico e integral y (b) garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Además señala que cualquier persona está legitimada para actuar en defensa de los intereses de un menor, exigiéndole a las autoridades que cumplan con los mandatos que en este sentido les han sido impuestos.

DERECHOS DEL NIÑO-No enumeración taxativa

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Incorporación al orden constitucional vigente

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Importancia

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Protección y cuidado

DERECHOS DEL NIÑO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO-Estado como garante subsidiario de padres encargados legalmente

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Permanencia con padres/CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Casos en que resulta un deber su separación de los padres

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Separación de los padres como regla excepcional/DERECHOS DEL NIÑO-Separación de los padres como regla excepcional

La separación de los hijos de sus padres es una excepción a la regla general. En principio todo menor debe estar bajo la custodia de sus padres, pues se presupone que eso es lo que más se ajusta al interés superior del niño. Se considera que los padres van a brindarle el amor y el cuidado que requiere, y a garantizarle las condiciones adecuadas de crecimiento y desarrollo integral. Así pues, la separación del menor es una excepción que se funda en la misma razón que la regla, es decir, ésta debe darse cuando, precisamente, sea lo que más promueve el interés superior del niño.

DERECHOS DEL NIÑO-Separación de los padres por medidas represivas

DERECHOS DEL NIÑO-Situación irregular/DERECHOS DEL NIÑO-Situación de abandono o peligro/DERECHOS DEL NIÑO-Organismos encargados de protección

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHOS DEL NIÑO-Separación de los padres por medidas represivas

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Condiciones de protección para primera infancia y derecho a estar con la madre

DERECHOS DEL NIÑO-Discrepancias de carácter técnico

DERECHOS DEL NIÑO-Primera infancia

La primera infancia es una etapa determinante, en el sentido que es definitiva para el

desarrollo del menor, una experiencia irrepetible, por cuanto sólo se puede dar una vez en la vida.

ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Vulneración de derechos de las personas

DERECHOS DEL NIÑO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Permanencia de hijos de las internas/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Inexistencia de sección especial para madres

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Permanencia de menores hijos de las internas hasta determinada edad/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Permanencia de menores hijos hasta determinada edad

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Permanencia de menores hasta los tres años/DERECHOS DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR-Permanencia de hijos de mujeres recluidas en cárceles

Si bien es cierto que permitir la estadía del menor durante sus primeros años de vida en la cárcel puede afectar su desarrollo armónico e integral, el no hacerlo significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa de su vida en la que la relación materno – filial es determinante. Además, cuando a un menor se le impide estar durante la primera etapa de la vida con su madre en razón a que está interna en un centro de reclusión, se le limita su derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, como expresamente lo manda la Constitución. También se le limita la posibilidad de ser amamantado, que si bien no es necesario que ocurra, si es valioso, pues reporta beneficios en el desarrollo del menor y sirve para garantizarle una alimentación equilibrada, como es su derecho. En no pocos casos privar a un menor de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que mayor afecto y atención le puede brindar, con lo que se estaría afectando gravemente el derecho constitucional de todo niño y toda niña a recibir cuidado y amor.

NORMA CONSTITUCIONAL-Margen de discrecionalidad del legislador por no resolución categórica del tema

NORMA LEGAL-Extremos excluidos que resultan incompatibles con la Constitución

INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-No impedimento de ingreso del menor junto a la madre interna/ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Decisión de los padres de permanencia de menor junto a la madre

DERECHOS DEL NIÑO-Cuidador confiable

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Condiciones adecuadas para permanencia de menor junto a la madre

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Condiciones adecuadas por el Estado para permanencia de menor junto a la madre

Si estar con la madre en la cárcel es inadecuado debido a las condiciones de dichos establecimientos, el Estado tiene el deber de generar unas condiciones que no expongan los derechos de los menores ni pongan en peligro al menor. Tiene la obligación de tomar las medidas administrativas, logísticas y presupuestales que se requieran para garantizar los derechos a los que se ha hecho alusión en este fallo.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN DERECHOS DEL NIÑO-Edad de permanencia junto a la madre interna

DERECHOS DEL NIÑO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Permanencia máxima hasta los tres años

DERECHOS DEL NIÑO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Servicio social del INPEC en permanencia del hijo junto a la madre

DERECHOS DEL NIÑO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Desacuerdo entre padres en permanencia del hijo junto a la madre

Referencia: expediente D-3663

Norma Acusada: Artículo 153 de la Ley 65 de 1993

Demandante: Luis Guillermo Namén Rodríguez

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil dos (2002).

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

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Luis Guillermo Namén Rodríguez solicitó a esta Corporación la declaración de inexequibilidad del artículo 153 de la Ley 65 de 1993 “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”.

La demanda fue inadmitida por el magistrado sustanciador por medio de auto diez (10) de agosto de dos mil uno (2001). El demandante presentó dentro del término indicado un memorando en el que corrige los vacíos señalados, de manera que la demanda fue admitida por medio de auto del veinticuatro (24) de agosto de dos mil uno (2001).

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de las normas acusadas, así:

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."

III. LA DEMANDA

El demandante presentó acción pública de inconstitucionalidad para solicitar que: "1°- Se decrete la inconstitucionalidad del artículo 153 de la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario); 2°- Se ordene que los colegios y las guarderías que funcionan dentro de los centros de reclusión desaparezcan; y 3°- Se ordene que los menores que están dentro de los colegios y guarderías de los centros de reclusión pasen a otra institución a cargo del Estado colombiano o a cargo de una institución privada."

A juicio del demandante, la disposición censurada viola el Preámbulo, los artículos 44, 93 y 94 de la Constitución Política y el numeral primero del artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991.

El demandante indica que el Preámbulo consagra los valores fundamentales del Estado colombiano, valores que resultan violados por el artículo 153 de la Ley 65 de 1993 "(…) ya que en un establecimiento carcelario lo único que no pueden encontrar [los niños] es precisamente la libertad y el orden social justo (…)."1

Afirma que el artículo 44 de la Constitución y el artículo 27 de la Convención de los Derechos del Niño versan sobre las garantías de las que disponen los niños y la protección que al Estado corresponde brindarles. En su opinión, "(…) en los establecimientos carcelarios no puede existir un ambiente sano y seguro para el crecimiento y formación de un menor desde el punto de vista social, mental, espiritual e incluso físico y como dice el artículo 27 de la Convención del Niño (sic) 'se debe reconocer a todo niño un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social'. Se puede observar la clara violación de los Derechos de los Niños, violación tanto a la Constitución Política como al Tratado Internacional y pone a Colombia frente a los ojos del mundo como un país infractor de los Derechos de los Niños."2

Sostiene el demandante: "Los niños deben crecer en un ambiente sano. No se puede negar que un establecimiento carcelario no es el mejor lugar para que un niño pase los primeros años de su vida. Es un sitio donde el niño puede llegar a tener traumas, aprender malos

hábitos, y recibir una deficiente educación para su formación intelectual, mental y física, sin contar que es injusto con el menor ya que estaría pagando una pena que no debe pagar porque es un ser inocente que no ha cometido falta alguna contra la sociedad. En los establecimientos carcelarios se encuentran privadas de la libertad las personas que tienen deudas con la sociedad, las que han violado la legislación penal, sin desconocer que allí puede haber seres con alguna anormalidad psíquica o mental con lo cual se afecta ostensiblemente el derecho y la formación integral de los menores que estén en dichas instalaciones."3

IV. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES PÚBLICAS

El Director del INPEC, actuando por intermedio de apoderado intervino en el proceso en cuestión solicitando a la Corte se pronuncie a favor de la exequibilidad del artículo 153 de la Ley 65 de 1993.

Manifiesta que el artículo 153 consagra los ideales de la Constitución y que estos incluyen los derechos de la niñez y la adolescencia, los cuales están plasmados en los artículos 5, 42 y 44 de la Constitución Nacional. El artículo 5 dice que el Estado reconoce el derecho de los niños a pertenecer a una familia y que ello es así, inclusive en los sitios de reclusión en donde los niños pueden recibir la atención integral de su madre, el ser más importante de su vida. En cuanto al artículo 42 de la Carta, advierte el INPEC que su numeral quinto permite deducir que "(…) separar un niño de su madre se consideraría destructivo y lesivo de la armonía y unidad que debe existir con su vínculo maternal y familiar, (y) es violatorio de su derecho a ser reconocido, querido, cuidado, por su madre, quien tiene el deber moral, la obligación legal y el vínculo natural de educarlos en sus primeros tres (3) años de vida (…)". En cuanto al artículo 44 de la Constitución, éste recoge la obligación que tiene la familia, la sociedad y el Estado en garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños, así como el pleno ejercicio de sus derechos.

Adicionalmente señaló que el Programa de Guarderías aprobado por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) como estrategia de desarrollo humano para los sectores de extrema pobreza, es la referencia principal, confirmada y reconocida, en materia de atención integral al preescolar. Las guarderías y hogares infantiles colaboran con las madres internas en los centros de reclusión y garantizan la formación y permanencia de los vínculos padre – madre – hijo, el fortalecimiento de la familia y el derecho del niño a su infancia.

En relación con la segunda petición, afirma el INPEC en su intervención que los colegios y las guarderías de los centros de reclusión no pueden desaparecer porque estos sirven para satisfacer la protección, principal necesidad de un niño. Agrega que la protección debe ser entendida como el afecto y cuidado que recibe el niño en el seno de su familia y de la comunidad que lo rodea. Que las guarderías permiten a la madre darle el amor y cariño que sólo ella puede brindar y que es insustituible en los tres (3) primeros años.

Finalmente, respecto a la posibilidad de dejar los niños en una institución del Estado, el Director del INPEC manifiesta que una entidad, sea estatal o privada, jamás podrá suplir el afecto, el cariño y la comprensión de una madre, y que por ello no deben ser separados de ella, aun cuando se encuentre recluida en un centro carcelario. El INPEC tiene el deber social

de hacer prevalecer los principios rectores de la Carta Política, en especial aquellos que se refieren a los derechos de los niños, de donde surge la obligación de crear espacios para que los niños crezcan junto a su madre los tres primeros años, lo cual constituye un aliciente para las madres reclusas.

2. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho

El Ministro de Justicia, actuando por intermedio de apoderado, intervino en el proceso en cuestión solicitando a la Corte se pronuncie a favor de la exequibilidad del artículo 153 de la Ley 65 de 1993.

La defensa de constitucionalidad se inicia aclarando previamente que el primer inciso de la norma acusada fue declarado exequible por la sentencia C-394 de 1995 y que, sin perjuicio de que pudiere decirse que existe cosa juzgada respecto de éste, la Corte debería examinar la disposición acusada en su totalidad, ya que dicho fallo no se estudió a fondo la constitucionalidad del inciso demandado.

Inicia su análisis de constitucionalidad diciendo que "(…) el precepto legal responde a la conveniencia y a la necesidad psicobiológica de que el menor de tres (3) años reciba satisfactoriamente sus necesidades básicas directamente de la madre (…)"4. Como fundamento jurídico de su apreciación, expone el Principio VI de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el cual establece que "(…) salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (…)". Igualmente se soporta en jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se expresa la trascendencia del trato de la madre en el niño de corta edad.5

Como argumentos de conveniencia psicológica resalta la teoría de Cobos referida en la sentencia T-148/93 y las teorías de Erikson y Winnicott. En tales teorías enfatiza los aspectos que hablan de la relación materno – infantil, del sentido de confianza del ser humano que depende de los cuidados y la atención al bebé y de cómo, salvo que estén psiquiátricamente enfermas, las madres desarrollan una importante capacidad para identificarse con el bebé para satisfacer sus necesidades básicas. Sobre la separación de madre y bebé, Winnicott estima que "los bebés no recuerdan haber recibido un sostén adecuado: lo que recuerdan es la experiencia traumática de no haberlo recibido."6

El apoderado del Ministro concluye que "así las cosas, el derecho a no ser separado de la madre constituye un derecho fundamental del niño y, por ende, un deber del Estado de garantizarlo. En principio, el Estado deberá garantizar que el niño permanezca con la madre, especialmente en los primeros años de su vida, al tratarse de una etapa traumática y problemática para su desarrollo…(y que) no es válido argumentar que la situación de condenada o sindicada impide el ejercicio adecuado de la maternidad; la comisión de un delito no tiene como pena accesoria considerar a la mujer interdicta por demencia, para restringir de éste tanto el derecho del niño a no ser separado de su madre, como el derecho de la madre de ejercer su maternidad."7

3. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

El Director (e) Regional del ICBF, Bogotá, intervino en el proceso en cuestión para solicitar a

la Corte que se pronuncie a favor de la exequibilidad del artículo 153 de la Ley 65 de 1993. Considera que "(…) separar el menor de tres años de su madre aún cuando ésta se encuentre cumpliendo una condena no sería conveniente para el desarrollo físico, mental y espiritual del menor, ya que es en los primeros años de su vida donde éste necesita más estabilidad emocional, protección y cuidados irremplazables por otra persona, salvo en casos de maltrato y descuido de la madre (…)"

Afirma que esta norma tiende a preservar la unidad familiar y a facilitar las relaciones del niño y su madre. Para fundamentar lo anterior hace referencia al artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al artículo 6° del Código del menor, así como a la sentencia T-523 de 1992. Agrega que, las guarderías, con el apoyo del área administrativa del INPEC y del ICBF, principalmente, realizan actividades nutricionales, psicopedagógicas, de cuidado físico y de formación con los padres de familia.

Sin embargo, señala que "(…) sería más pertinente que estos menores permanecieran las veinticuatro horas en la guardería del centro de reclusión con visitas reguladas de sus madres y horarios de lactancia, para que estos menores no tuvieran contacto con otras reclusas como lo tienen al regresar al penal a las 4 de la tarde, ya que es de conocimiento de todos el MODUS VIVENDI de las reclusas y de las cárceles en Colombia, ambiente que no es propicio para un menor, que aun protegido y cuidado por su madre, existe la viabilidad que perciba todo del medio que lo rodea, teniendo en cuenta que lo que el Estado pretende es que el menor viva dignamente en cualquier lugar donde se encuentre."8

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General encargado, allegó al proceso concepto mediante el cual solicita a la Corte declararse inhibida. Estima que las razones por las cuales la demanda fue inadmitida, mediante auto del 10 de agosto de 2001 y que debieron corregirse de acuerdo a lo indicado por el Magistrado Sustanciador, subsisten pues no fueron corregidas en debida forma.

En efecto, "la corrección de la demanda no presenta cargos específicos, claros, pertinentes y suficientes de carácter constitucional que permitan afirmar que el actor subsanó el vicio que dio origen a su inadmisión (…) lo único nuevo que podrá abonársele a la segunda versión sería que los cargos se discriminan respecto de cada norma constitucional presuntamente vulnerada (…)"9

Precisa el Ministerio Público que "(…) la posible existencia de condiciones materiales o ambientales que puedan presentarse en dichos establecimientos (carcelarios) no son propiciadas ni avaladas en manera alguna por dicho contenido, ya que ellas se deberían a razones de orden fáctico de origen muy distinto, como puede ser el desarrollo de una adecuada política carcelaria (…)." Para el Procurador la demanda incurre "(…) nuevamente en lo que ya el Magistrado Sustanciador había indicado respecto de la primera demanda, o sea, que se hacen afirmaciones fácticas sin sustento empírico, con base en las cuales no se puede hacer ningún juicio de constitucionalidad."10 La afirmación de violación referida a las condiciones del centro de reclusión hace alusión a unas condiciones que no se derivan del contenido normativo, sino de otros factores ajenos a la norma en cuestión.

Concluye pues que la demanda no cumplió con los requisitos mínimos que establece el

numeral 3 del artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 y que por mantenerse válidas las consideraciones de inadmisión de la primera demanda, la Corte debe declararse inhibida de pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 153 de la Ley 65 de 1993.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.

2. Cuestiones previas: requisitos de la demanda y ausencia de cosa juzgada

Antes de entrar a resolver la demanda es preciso para la Corte dar respuesta a dos objeciones que se indicaron en el trámite preliminar de este proceso constitucional, pues de ser aceptadas, la Corporación debería abstenerse de pronunciarse de fondo.

2.1. El Procurador General de la Nación considera que la demanda no cumple los requisitos mínimos que debe observar toda acción pública de inconstitucionalidad, pues se hacen afirmaciones de carácter fáctico sin fundamento y no se presentan cargos constitucionales específicos. Solicita entonces que se profiera un fallo inhibitorio.

La Corte coincide con el Procurador en que la demanda presentada por Luis Guillermo Namén Rodríguez, contra el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, no cumple los requisitos constitucionales exigidos a toda acción pública de constitucionalidad. La posibilidad que tiene todo ciudadano de controvertir la constitucionalidad de las normas de rango legal mediante un procedimiento exento de tecnicismos, constituye una garantía fundamental consagrada como derecho político en la Constitución (art. 40) que supone el deber mínimo de una sustentación adecuada y suficiente. El demandante debe presentar argumentos que efectivamente controviertan, constitucionalmente, la disposición acusada.

Sin embargo, sí se advierte una diferencia entre una demanda que no cumple con los requisitos y una demanda que podría estar mejor sustentada. En la primera situación lo propio es inadmitir la demanda, pero en la segunda, en virtud del principio pro actione, de la informalidad de la acción y de que está en juego el ejercicio de un derecho político, lo propio es admitirla. En el presente caso el demandante corrigió el texto de la demanda dentro del término fijado para ello. Incluyó las razones y argumentos expuestos en los antecedentes de este fallo, que si bien podrían ser más sólidos, son suficientes para constituir cargos de constitucionalidad comprensibles y pertinentes.

2.2. En la intervención del Ministro de Justicia y del Derecho se señala que el inciso primero de la norma objeto de este proceso ya había sido demandado y declarado exequible por esta Corporación en la sentencia C-394 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Sin embargo, considera que ello no da lugar a una declaratoria de cosa juzgada constitucional. La Sala Plena coincide con esta opinión, pues también considera que a partir de dicho fallo sólo se generó una cosa juzgada aparente, descrita por la jurisprudencia en los siguientes términos,

“(…) cuando esta Corporación ha desarrollado el concepto de la cosa juzgada aparente (Cfr., por ejemplo, las sentencias C-397 del 7 de septiembre de 1995 y C-700 del 16 de septiembre de 1999), ha querido referirse a situaciones en las cuales en realidad la norma de que se trata no fue objeto de examen de constitucionalidad alguno, aunque parezca que lo haya sido, como cuando en la parte resolutiva de la sentencia se declara exequible un artículo sobre cuyo contenido nada se expresó en los considerandos y, por lo tanto, no se produjo en realidad cotejo, ni absoluto o exhaustivo, ni relativo, ni parcial. Simplemente, en tales ocasiones lo único que encuentra el juez de constitucionalidad es la apariencia de haber resuelto antes sobre la norma que ante él se demanda, sin haberse llevado en efecto el juicio correspondiente. De lo cual surge, por aplicación del artículo 228 de la Constitución (prevalencia del Derecho sustancial) y por el sentido mismo de un verdadero control de constitucionalidad, el necesario reconocimiento de que, en vez de cosa juzgada hay cosa no juzgada, y la consecuente declaración de que la Corte puede entrar en el fondo para dictaminar si el precepto correspondiente se ajusta o no a la Carta Política, sin violar por ello el principio consagrado en su artículo 243.”11

La sentencia C-394 de 1995 resolvió una demanda en la que se cuestionaron cincuenta y un artículos del Código Penitenciario y Carcelario entre las cuales se encontraba el inciso primero del artículo 153. En aquélla ocasión el demandante presentó argumentos generales en contra de todas las disposiciones, a saber, que no era admisible constitucionalmente que a una persona por el hecho de estar condenada se le pudieran restringir indefinida e indiscriminadamente sus derechos fundamentales, así como el hecho de que se delegara en el Director del INPEC la regulación de aspectos que debían estar definidos por el legislador. La respuesta de la Corte fue general y en parte fue específica. En la parte general señaló que la disciplina es indispensable dentro de todo centro penitenciario o de reclusión, por lo que sí le es dado al legislador, constitucionalmente, fijar restricciones razonables a los derechos de quienes se encuentran privados de la libertad. En la segunda parte, la específica, la Corte analizó varias de las disposiciones demandadas. Sin embargo, dentro de la parte motiva del fallo no se hizo ninguna mención al artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario.

Así pues, éste es uno de aquellos casos de cosa juzgada aparente pues se trata de una norma que: (i) pese a haber sido declarada constitucional en la parte resolutiva de un fallo (ii) no fue objeto ni de mención ni de análisis en la parte motiva del mismo. Simplemente se cuenta con la apariencia de que se hubiese juzgado la exequibilidad de una norma.

Una vez absueltas las objeciones previas planteadas en las intervenciones de las autoridades públicas, pasa a pronunciarse sobre el fondo.

3. Problema jurídico

3.1. La demanda presentada por Luis Guillermo Namén Rodríguez plantea el siguiente problema jurídico: ¿Desconoce una norma los derechos de los menores y la especial protección que el Estado debe prestarle a la niñez, al permitir su permanencia en un centro de reclusión, pero sólo hasta los tres años, cuando su madre se encuentra privada de la libertad?

3.2. Antes de entrar en a resolver este cuestionamiento, es posible advertir que este caso plantea un dilema trágico. La acción de inconstitucionalidad fue interpuesta en defensa de los derechos de los niños, pues a juicio del demandante el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario impide su adecuado desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. No obstante, la norma acusada busca también la defensa de los derechos de los menores, al fijar un medio que les permita estar con su madre en los primeros años de su vida. Por eso, alguno de los derechos de los menores que está en juego tendrá que ser limitado.

3.3. Para resolver el caso la Corte, en primer lugar, precisará cuáles son los derechos constitucionales que están en juego. Posteriormente realizará una ponderación entre ellos con el objeto de establecer si la norma acusada implica o no una limitación irrazonable de los derechos invocados por el demandante.

4. Los derechos de los niños y su especial protección por parte del Estado

4.1. Una de las preocupaciones centrales del constituyente de 1991 fue la niñez. Son varias las disposiciones de la Carta Política que hablan de los derechos de los menores y de la especial protección que el Estado debe brindarles. El artículo 44, dedicado especialmente a la niñez dice:

Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

4.2. El primer aspecto a resaltar de esta norma es la doble categorización que hace de las garantías contempladas para los menores. Por una parte, en su inicio, el artículo establece que los derechos de los niños son fundamentales. Este aspecto ha sido resaltado por la jurisprudencia constitucional,12 dándole las consecuencias propias que en materia de protección y goce efectivo supone tal condición. Así, por ejemplo, son varios los casos de tutela en los que se ha salvaguardado decididamente los derechos de los niños en razón a su fundamentalidad.

El segundo aspecto general que ha de resaltarse es la condición de prevalencia, otorgada por el inciso final de la norma a los derechos de los niños. Esto es, en el caso en que un derecho de un menor se enfrente al de otra persona, si no es posible conciliarlos, aquel deberá prevalecer sobre éste. Ahora bien, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional,

ningún derecho es absoluto en el marco de un Estado social de derecho, por lo que es posible que en ciertos casos el derecho de un menor tenga que ser limitado. Sin embargo, el carácter prevalente de los derechos de los niños exige que para que ello ocurra se cuente con argumentos poderosos.13

En cuanto a los derechos contemplados, la norma reitera varias garantías que están consagradas para todas las personas en otras disposiciones también constitucionales, como los derechos a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, el nombre, la nacionalidad, la educación, la cultura y la libertad de expresión. En otros casos enuncia derechos generales, pero precisa algún contenido específico, como el derecho a tener una familia, que en el caso de los menores contempla un contenido especial: no ser separado de ella.

En tercer lugar, se encuentran garantías especialmente consagradas para los menores: el derecho a recibir una alimentación equilibrada14 y el derecho a recibir cuidado y amor, los cuales, en especial el segundo, adquieren un lugar destacado en el análisis del presente caso.

La norma también eleva a nivel constitucional la protección contra diferentes formas de agresión, tales como el abandono, la violencia física o moral, el secuestro, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral y económica y los trabajos riesgosos.

Ahora bien, en cuanto a quién debe proteger a los menores y cómo debe hacerlo, la norma indica que se trata de una obligación concurrente de la familia, la sociedad y el Estado. A ellos corresponde asistir y proteger a la niñez con dos objetivos: (a) garantizar su desarrollo armónico e integral y (b) garantizar el ejercicio pleno de sus derechos. Además señala que cualquier persona está legitimada para actuar en defensa de los intereses de un menor, exigiéndole a las autoridades que cumplan con los mandatos que en este sentido les han sido impuestos.

Finalmente, cabe señalar que la norma no enumera taxativamente todos y cada uno de los derechos de los niños. La disposición comprende una cláusula remisoria en la que se entienden incluidos los demás derechos consagrados en la Carta Política y los contemplados en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Ello evidencia el especial interés del constituyente del 91 en proteger la niñez y brindarle el máximo de garantías posibles en el mayor nivel posible.

4.3. Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.

Uno de los aspectos relevantes de estas dos disposiciones es que establecen la edad como un criterio válido para adjudicar derechos a los menores. Así, el artículo 50 refleja la

importancia capital que tiene el derecho a la salud en el primer año de vida. La fragilidad de un menor en ese lapso de su vida llevó al constituyente a fijar una norma que asegure que cualquier niño o niña tenga acceso al servicio de salud, con absoluta independencia de la capacidad económica de sus padres o de quien lo tiene a su cargo. De la misma forma el artículo 67 señala que el lapso de tiempo comprendido entre los 5 y los 15 años, es el tiempo en que el derecho a la educación escolarizada adquiere un papel determinante.15

Adicionalmente, en correspondencia con el derecho a la familia del que goza todo menor, los artículos 5° y 42 contemplan una protección especial de dicha institución. En efecto, el artículo 5° señala que el Estado "(...) ampara la familia como institución básica de la sociedad." De forma similar, el artículo 42 indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, generando en cabeza del Estado, y de la propia sociedad, el deber de garantizar su protección integral.

4.4. A partir de estos fundamentos textuales, pasa la Corte a estudiar 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, en la cual se contemplan derechos que por mandato expreso del artículo 44 de la Carta están incorporados al orden constitucional vigente.

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.

Se trata pues, de 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.16 Los otros dos numerales de esta norma están dedicados a señalar la obligación de los Estados Partes de la Convención a tomar las medidas administrativas y legislativas orientadas a asegurar la protección y cuidado de los niños y las niñas, y la obligación de asegurarse que las instituciones creadas con tal fin se atengan a lo dispuesto por las normas que los rigen. Dicen los otros dos numerales del artículo tercero de la Convención,

"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 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."

A lo largo de la Convención se reconocen múltiples derechos, que en su mayoría coinciden con las garantías ya reconocidas en la Constitución, tales como derecho a la igualdad (Convención Sobre los Derechos del Niño, art. 2), a la vida (art. 6), al nombre y la

nacionalidad (art. 7), a la libre expresión (art. 13) y a la intimidad (art. 16), entre otros. De todas las garantías enumeradas, el señor Namén Rodríguez destaca en su demanda el numeral primero del artículo 27, en el cual se reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado. Dice la norma,

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

Este mandato coincide con los preceptos constitucionales que consagran la obligación en cabeza del Estado, la familia y la sociedad de propiciar un ambiente óptimo para el desarrollo del menor. Sin embargo, el artículo 27 de la Convención tiene tres numerales adicionales. El segundo señala que la obligación de garantizar un nivel de vida adecuado corresponde a los padres, o a quien tenga la custodia del menor, dentro de sus condiciones o posibilidades económicas.17 Los numerales 3 y 4 se ocupan de señalar que al Estado le corresponde tomar las medidas que se requieran para apoyar a los padres y demás personas responsables de los menores en su deber de garantizar las condiciones adecuadas de vida que requiere el menor.18 De igual forma, la legislación nacional reconoce estos derechos a la protección, la asistencia y el cuidado en el Código del Menor, estableciendo que el Estado es su garante, subsidiariamente, cuando los padres o los encargados legalmente del menor no están en capacidad de hacerlo.19

Según la Convención, los menores deben permanecer con sus padres, pues ello, en principio, es lo que más se ajusta al interés superior del niño. No obstante, la propia Convención prevé casos en los que no sólo es posible separarlos de ellos, sino que es una obligación. El artículo 9 está dedicado exclusivamente a tratar ese tema en los siguientes términos,

ARTÍCULO 9

1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando

se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

La separación de los hijos de sus padres es una excepción a la regla general. Como se indicó, en principio todo menor debe estar bajo la custodia de sus padres, pues se presupone que eso es lo que más se ajusta al interés superior del niño. Se considera que los padres van a brindarle el amor y el cuidado que requiere, y a garantizarle las condiciones adecuadas de crecimiento y desarrollo integral. Así pues, la separación del menor es una excepción que se funda en la misma razón que la regla, es decir, ésta debe darse cuando, precisamente, sea lo que más promueve el interés superior del niño.

Ahora bien, el inciso cuarto plantea la hipótesis de que se separe al menor de alguno de sus padres, debido a que el Estado tomó algún tipo de medida represiva. La Convención acepta que esto pueda ocurrir y precisa que en este caso surge un deber de información.

En la legislación interna es el Código del Menor el estatuto dedicado a señalar cuándo un menor se encuentra en situación irregular,20 con especial atención a los casos en que ello se debe a que el menor se está en situación de abandono o peligro.21 El Código indica además, cuáles son los organismos estatales encargados de proteger a los menores, las medidas que pueden tomar en los casos en que se constate que el menor se encuentra en una situación irregular, así como los procedimientos que se ha de seguir en dichos casos.

4.5. Una vez visto el contexto normativo en el que se ha de tomar la decisión pueden señalarse algunas conclusiones. Primero, el problema jurídico planteado no encuentra una solución explícita y específica, pues no existe una norma que resuelva la cuestión, bien sea prohibiendo que el menor esté con su madre en la cárcel o permitiéndolo.22 La Convención no incluye norma alguna que impida que la legislación interna establezca que si la madre es condenada a prisión, el menor, por lo menos en sus primeros años, pueda estar con ella. La Convención, al igual que la Constitución, no contiene disposición alguna que aborde el punto de si los menores pueden estar en la cárcel con su madre. Se trata entonces de un ámbito temático en el que el legislador goza de un margen de configuración. Segundo, cualquiera sea la determinación que se adopte en esta sentencia, al igual que cualquier actuación estatal, debe fundarse principalmente en el interés superior del niño. Tercero, los derechos de los niños son fundamentales y prevalentes, características que les fueron otorgadas para propender la efectividad de dichas garantías. Finalmente, si bien el asunto no está definido puntualmente, ésta sí brinda elementos de juicio que permiten evaluar la decisión adoptada por el poder legislativo, en ejercicio de su potestad de configuración.

A continuación la Corte pasa entonces a juzgar la norma acusada mediante un análisis que permita ponderar los derechos que están en juego, determinando así si se están limitando injustificadamente los derechos de los niños invocados por el demandante.

5. Condiciones de protección para la primera infancia y el derecho a estar con la madre,

cuando así se promueva el interés superior del niño.

No corresponde a la Corte Constitucional entrar a zanjar esta controversia de carácter técnico. A ello se suma la insuficiencia de las intervenciones de quienes participaron en el presente proceso, las cuales se limitaron a señalar algunos argumentos genéricos y abstractos en defensa de la norma, sin entrar en el debate de fondo ni aportar elementos de juicio empíricos o teóricos de orden psicológico o sociológico.

5.2. Ahora bien, entre las diferentes corrientes sí existe consenso en señalar que quizá la primera infancia es la etapa más importante de una persona. Los primeros años de vida de un menor constituirán la base para su desarrollo posterior en todos los aspectos. En el informe sobre el estado mundial de la infancia elaborado por UNICEF en el año 2001 se hace énfasis en este hecho. Dice el informe,

"(…) En los primeros años de la infancia, las experiencias e interacciones de los niños con sus padres, parientes y otros adultos que los rodean influyen en la manera en que se desarrolla el cerebro. Diversos descubrimientos científicos recientes confirman que los contactos físicos y los movimientos mediante los cuales las personas que cuidan a los niños les demuestran apoyo y les transmiten seguridad tienen consecuencias tan importantes como la buena salud (…) La manera en que se desarrolla el cerebro en esta etapa de sus vidas fija las pautas del posterior éxito del niño en la escuela primaria, la adolescencia y la edad adulta. (…)" 23

El informe indica que el vertiginoso desarrollo que se da desde el momento del nacimiento hasta los tres años no tiene comparación en ningún otro período de la vida, puesto que es en esta época cuando el cerebro se despierta y forma a una velocidad asombrosa. El informe de UNICEF señala como objetivo fundamental en esta etapa de la vida, que ella comience de la mejor forma posible. Sostiene el informe,

"Todos los lactantes deberían comenzar sus vidas en buen estado de salud, y los niños de corta edad deberían ser criados en un ambiente acogedor que aliente su desarrollo físico, emocional e intelectual."

En conclusión, la primera infancia es una etapa determinante, en el sentido que es definitiva para el desarrollo del menor, una experiencia irrepetible, por cuanto sólo se puede dar una vez en la vida.

5.3. Teniendo en cuenta la situación propia de los menores en la etapa de su primera infancia, tiene razón el demandante al señalar que una cárcel no es el espacio ideal para el desarrollo de un menor. Los centros carcelarios suelen ser lugares hostiles incluso para adultos bien formados, en especial en el caso colombiano. Tan grave es la situación en las cárceles nacionales que la jurisprudencia constitucional, más allá de verificar violaciones puntuales a los derechos fundamentales de algunas personas que allí se encuentran recluidas, constató un estado de cosas inconstitucional. Los centros penitenciarios se encuentran en una situación tal que los derechos de las personas son violados continua y sistemáticamente.

La situación de los niños y las niñas que están en las cárceles no es la mejor. Según la intervención remitida por el ICBF, los menores permanecen durante el día en las guarderías,

cuando las hay, y a las cuatro de la tarde regresan a la celda de su madre, con quien pasan la noche. De igual forma, los sábados, domingos y días festivos también permanecen con ellas todo el día en su celda y en los patios en que se encuentren recluidas, puesto que no existe una sección especial para madres.

Según información del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), en el país hay 52 niños distribuidos en 8 de los 10 centros de reclusión de mujeres en todo el país. En la Reclusión de Mujeres de Bogotá (regional central) hay 19 niños;24 en la de Pereira (regional viejo Caldas) hay 9; en la de Medellín (regional noroeste) hay 5; en la de Cali (regional occidente) hay 6; en las de Bucaramanga y Cúcuta (ambas de la regional oriente) hay 4 y 6 respectivamente; y en las reclusiones de mujeres de Popayán y Pasto, regional occidente, hay 2 y 1 respectivamente.25 En la regional norte no existen reclusiones para mujeres por lo que éstas se encuentran en centros para hombres, y cuando hay niñas o niños, deben correr la misma suerte. Ahora, de todas las reclusiones tan sólo en cuatro de ellas, en la de Bogotá (Buen Pastor), en la de Medellín, en la de Pereira y en la de Popayán existe guardería.26 En las demás o existe un espacio reservado para que los menores estén durante el día (como ocurre en Cali, Cúcuta y Bucaramanga) o simplemente son entregados a los programas del ICBF (como ocurre en las reclusiones de Manizales y Armenia).

Así pues, es cierto que la decisión adoptada por el legislador de permitir la permanencia de menores en las cárceles hasta los tres años, puede llegar a afectar el derecho que éstos tienen a crecer en un medio tal que puedan desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente, de forma armónica e integral. Adicionalmente, el estar en un centro penitenciario aumenta el riesgo de que el menor sea víctima de agresiones de diferente clase, con lo cual se amenazaría su derecho a ser protegido, especialmente respecto de este tipo de amenazas.

6. Juicio de constitucionalidad del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario

6.1. Si bien es cierto que permitir la estadía del menor durante sus primeros años de vida en la cárcel puede afectar su desarrollo armónico e integral, el no hacerlo significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa de su vida en la que la relación materno – filial es determinante. Además, cuando a un menor se le impide estar durante la primera etapa de la vida con su madre en razón a que está interna en un centro de reclusión, se le limita su derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, como expresamente lo manda la Constitución. También se le limita la posibilidad de ser amamantado, que si bien no es necesario que ocurra, si es valioso, pues reporta beneficios en el desarrollo del menor y sirve para garantizarle una alimentación equilibrada, como es su derecho. En no pocos casos privar a un menor de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que mayor afecto y atención le puede brindar, con lo que se estaría afectando gravemente el derecho constitucional de todo niño y toda niña a recibir cuidado y amor.27

6.2. Como se indicó, la Carta Política no resuelve categóricamente el tema, dejando un margen de discrecionalidad al legislador para que éste decida qué hacer. Sin embargo de lo dicho hasta el momento es posible concluir que existirían dos extremos claramente excluidos, en la medida en que serían incompatibles con la Constitución. Por una parte, no

sería aceptable suprimir completamente la posibilidad de reunir a la madre y el menor, o brindarles un tiempo tan breve que no se pueda entablar una relación entre ellos, cuando esto sea lo mejor en el interés superior del niño. Y por otra, tampoco sería admisible que so pretexto de mantener a un menor cerca de su madre, se le mantenga indefinidamente encerrado en una cárcel, en condiciones tan adversas para el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

Dentro de esos dos extremos caben múltiples alternativas. El legislador puede considerar diversos aspectos, dentro de los cuales se destacan cuatro elementos particularmente relevantes. El primero es la edad del menor: ¿hasta cuándo puede vivir dentro del centro de reclusión? El segundo es las condiciones del entorno del menor: ¿en qué circunstancias, por ejemplo, de infraestructura física, de salubridad, de atención de salud, de alimentación, de recreación y de socialización, vivirá el menor dentro de la cárcel? El tercero es la voluntad de los interesados: ¿qué quieren la madre y el padre y qué quiere el menor, en caso de que alcance la edad para valorar su voluntad? El cuarto y último elemento es el sistema de protección: ¿qué mecanismos y procedimientos existen para identificar amenazas a los derechos del menor y qué tan efectivos son para brindarle una protección adecuada y oportuna?

6.3. Sin duda caben distintas alternativas legítimas frente a estas preguntas desde el punto de vista constitucional. El legislador les dio respuesta mediante el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, contemplando la posibilidad de que el menor permanezca en la cárcel sólo hasta los tres años de edad junto a su madre y exigiendo ciertas condiciones de infraestructura y atención social. Pasa entonces la Corte a analizar la disposición a la luz de los cuatro elementos mencionados dentro del orden constitucional vigente.

6.3.1. En primer lugar, la norma señala que le corresponde al INPEC permitir la permanencia de los menores junto a su madre en los centros de reclusión, lo cual puede ser interpretado de dos formas. Por un lado puede leerse como una facultad que otorga la ley al INPEC para que permita o no, según su criterio, el ingreso del menor al centro de reclusión. Por otro, puede leerse como una obligación, esto es, como una orden que imparte la ley al INPEC en el sentido de que cuando sea del caso, no le es dado impedir que el menor ingrese al centro de reclusión.

Considera la Corte que la lectura acorde con el orden constitucional vigente es la segunda. El INPEC no tiene como función determinar qué es lo qué más conviene al menor; ni es su competencia. La decisión corresponde, en primer término, a la madre y el padre del menor. Son a ellos a quienes la Constitución y las leyes confían el cuidado de sus hijos, y por tanto, son ellos los llamados a decidir qué es lo mejor para sus hijos. En el evento de que estar con su progenitora no sea lo más adecuado para el menor, debido a que no es un cuidador confiable, es a los organismos competentes, designados por el Código del Menor y las demás leyes vigentes, a quienes corresponde determinar esta situación. Por supuesto, no implica esto que no sea también una obligación del INPEC, en el caso de considerar que estar con la madre es contrario a la promoción del interés superior del niño, reportar inmediatamente esta situación a los organismos competentes para que se adopten las medidas que sean del caso.

En conclusión, cuando el artículo demandado señala que el INPEC permitirá el ingreso del menor al centro de reclusión en donde se encuentra la madre, ha de entenderse que dicho instituto no podrá impedir que, si así lo quieren la madre y el padre, el menor este con su madre dentro del establecimiento carcelario.

6.3.2. El segundo aspecto relevante de la norma ha de analizarse es qué quiere decir la expresión permanencia en los establecimientos de reclusión. ¿Deben estar los menores en la celda junto a sus madres, o se satisface esta exigencia simplemente con permitir que estén los menores en las guarderías con un régimen de visitas para sus madres, tal y como lo solicita el ICBF en su intervención?

La respuesta no es posible darla en abstracto. Es preciso evaluar cada centro de reclusión con el propósito de establecer qué es lo más adecuado, en cada uno de ellos, para las niñas y para los niños. Por condiciones adecuadas ha de entenderse, primero, que la madre sea un cuidador confiable, y segundo, que las condiciones del espacio físico en que se encuentren los menores, sean propicias para su desarrollo integral, físico, psíquico, moral y afectivo. Se deben garantizar condiciones de salud, de alimentación, de salubridad, de recreación, entre otras, que permitan el desarrollo adecuado del menor. Este factor, entonces, está relacionado con el final del segundo inciso del artículo, según el cuál las reclusiones de mujeres tendrán guarderías, mandato legal que como se vio, no en todos los casos se cumple.

Sin embargo, en este punto surge la siguiente inquietud: ¿qué ocurre cuando estas condiciones no están dadas? ¿Deben salir los menores de la cárcel en la que se encuentran, o ni siquiera entrar, si estaban por fuera? Al respecto la jurisprudencia constitucional ha dicho,

"La permanencia de la madre junto al menor recién nacido es un derecho esencial para el niño y debe tener lugar en condiciones adecuadas. Cuando se considera que la cárcel no es un espacio apropiado para que el niño pueda gozar de este derecho se está pensando ante todo en la existencia de condiciones de salubridad y de un ambiente social inconvenientes para su permanencia y desarrollo. Si los lugares de reclusión tuviesen espacios especialmente dotados para satisfacer estas necesidades, lo esencial de las condiciones vitales adecuadas estaría cumplido. La libertad de locomoción, es un derecho cuya importancia solo se percibe a partir de la adquisición de cierta autonomía que no tienen los menores recién nacidos. Las carencias del niño, hijo de la detenida, se refieren básicamente a un conjunto de condiciones físicas y sociales necesarias para su desarrollo. En síntesis, el problema del niño podría conducir a poner en tela de juicio las condiciones carcelarias y, de ninguna manera, como pretende la peticionaria, el régimen específico de detención preventiva de que es objeto."28

La propia norma demandada en su segundo inciso, refiere a la especial protección al menor que debe prestar el servicio social penitenciario y carcelario, lo cual se suma a los mandatos constitucionales de salvaguardar los derechos de los niños, y a los mandatos internacionales que obligan al Estado a tomar las medidas necesarias para que la madre pueda estar con sus hijos y brindarles el cuidado que requieren. Si estar con la madre en la cárcel es inadecuado debido a las condiciones de dichos establecimientos, el Estado tiene el deber de generar

unas condiciones que no expongan los derechos de los menores ni pongan en peligro al menor. Tiene la obligación de tomar las medidas administrativas, logísticas y presupuestales que se requieran para garantizar los derechos a los que se ha hecho alusión en este fallo.

6.3.3. El tercer aspecto relevante de la norma es la edad, que como se señaló, se trata de un asunto que se encuentra dentro de la órbita de libertad de configuración por parte del legislador.

El artículo demandado establece un término hasta el cual la presencia de la madre es, para el legislador, indispensable, en atención al interés superior del niño, para posteriormente, cuando ella ya no tiene un papel tan determinante, sacar al menor de la cárcel y propiciar así un mejor desarrollo. De esta forma el Congreso trató de encontrar una forma de equilibrar las dos pérdidas.29

El amor y el cuidado son indispensables en los primeros años de la vida. En principio, es en la madre donde el menor encuentra el afecto que le brinda la seguridad, la confianza y el desarrollo emocional necesario para crecer adecuadamente. Cuando ello es así, privar al menor de recibir este cariño sería más gravoso de lo que representa en esa primera etapa de la vida estar en una cárcel, siempre y cuando las condiciones sean adecuadas y el sistema de protección sea efectivo.

De igual forma, cuando el menor crece, si bien su relación con la madre es importante y carecer de ella es gravoso para él, mantenerlo encerrado en una cárcel, incluso en condiciones adecuadas, es aún más gravoso para los intereses del menor en el largo plazo. Perdería espacios vitales de socialización y desarrollo de relaciones con niñas y niños de su edad. Su mayor autonomía sería física y socialmente restringida. Vería limitado su derecho de locomoción, el cual adquiere con los años la importancia que no tuvo en la etapa de lactancia y lo expone a mayores riesgos no sólo de orden físico sino psicológico.

No obstante, ello no impide que se evalúe si constitucionalmente existen razones para objetar, a partir de criterios constitucionales, el tiempo específico precisado por la ley. Al respecto la Corte considera que si bien 3 años es una edad avanzada, por cuanto está terminando la primera etapa de su vida, no llega a un punto tal que, si se dan las condiciones adecuadas y los sistemas de protección efectivos, se afecten ineluctable y gravemente los derechos del menor. En efecto, en el informe de UNICEF al que se hizo anteriormente referencia, se indica que el desarrollo cerebral necesario para poder socializar con niños de la misma edad se inicia a partir de los 3 años.30 El legislador colombiano podía razonablemente tomar como referente este criterio cronológico sobre el desarrollo de los menores.

En todo caso, es preciso señalar que ha de entenderse que los tres años son un límite máximo fijado por el legislador para que se permita al menor permanecer en el centro de reclusión en donde se encuentre recluida su madre. Los tres años son un tiempo máximo, tiempo que puede reducirse, si eso es lo mejor para el menor en cada caso particular, según las evaluaciones periódicas frecuentes para poder determinar si con el paso del tiempo permanecer en la cárcel junto a su madre, aún es lo que más le conviene.

6.3.4. Por último analiza la Corte la parte inicial del segundo inciso de la norma acusada, en el cual se indica que el servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a

los menores que se encuentren en los centros de reclusión.

A partir de una interpretación sistemática de las normas legales que se ocupan de los menores, es claro que los menores que permanezcan junto a sus madres privadas de la libertad, también son objeto de protección del sistema general contemplado por el Código del Menor. Pero por su especial condición, en la cual el riesgo de sufrir agresiones de algún tipo que puedan generar consecuencias nefastas para el resto de sus vidas, el legislador ha ordenado al servicio social del INPEC ocuparse con celo de la provisión de servicios sólidos para asegurar el goce efectivo de sus derechos.

Ahora bien, en modo alguno se está afirmando que todo hijo de una mujer que esté privada de la libertad debe estar, necesariamente, con ella hasta los tres años. No se trata ni mucho menos de un mecanismo automático. El análisis que se acaba de hacer, supone una revisión de las condiciones de aplicación de la norma y de los sistemas de protección del menor. Es decir, no advierte la Sala Plena que la norma demandada, en abstracto, conlleve una violación de los derechos de la niñez. El demandante tiene razón en afirmar que limita algunos derechos, pero no por ello deviene inconstitucional, pues como se mostró, ello se hace con el propósito de salvaguardar otros derechos que en esa etapa de la vida, si se cumplen los supuestos anteriormente analizados, son más importantes.

6.3.5. Así pues, la resolución que adoptará la Corte no implica una decisión en casos concretos. Cada situación particular puede ser evaluada mediante los procedimientos legales, constitucionales y eficaces que ofrece el ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se cuenta también la acción de tutela.

Las razones por las que podría ser contrario al interés del niño estar con su madre recluido en una cárcel no son sólo las mismas por las que cualquier mujer, así goce plenamente de su libertad, perdería ese derecho. Abandono, maltrato o explotación, por ejemplo, constituyen razones válidas para que no se permita a una mujer tener la custodia de su hijo, reglas que también son aplicables para las madres encarceladas. Sin embargo en su caso, hay otras razones atinentes a los riesgos especiales a los que se encuentra expuesto un menor dentro de un centro de reclusión, tanto en el plano físico como en el psicológico.

6.4. Considera entonces la Corte, que el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario no desconoce los derechos de los menores, al permitir que éstos permanezcan en el centro de reclusión en el que se encuentra su madre hasta la edad de tres años. Sin embargo, no le corresponde al INPEC impedir que el menor ingrese al establecimiento ni decidir sobre la separación de la madre y el hijo sino a las autoridades judiciales, mediante los procedimientos legales establecidos principalmente en el Código del Menor, o los constitucionales como la acción de tutela cuando ello sea procedente para proteger los derechos fundamentales de los niños y promover el interés superior del menor, aún antes de que alcancen la edad límite indicada.

Para la Corte la falta de condiciones de vida adecuadas o de sistemas efectivos de protección del menor, apreciada en cada centro de reclusión, exige la adopción inmediata de un programa para asegurar el goce efectivo de los derechos de los niños, sin perjuicio de que, si se dan las causas legales, se justifique caso por caso la separación de la madre y el menor, de conformidad con los procedimientos encaminados a protegerlos.

Igualmente, sin descartar que en algunos casos proceda la acción de tutela, la acción de cumplimiento puede ser el camino procesal para exigir que el lugar donde se encuentren los menores respete lo establecido en el inciso segundo de la norma demandada.

6.5. La declaración de exequibilidad del primer inciso estará, entonces, sujeta a un condicionamiento respecto a cuál es la función del INPEC y respecto al límite temporal fijado por la edad (los tres años). Así, el aparte de la norma se declarará constitucional bajo el supuesto de que:

(i) La decisión sobre el ingreso y la permanencia del menor en la cárcel es en principio de los padres. Impedir que éste ingrese a la cárcel o exigir que sea separado de su madre corresponde al Juez de Familia, no a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. En los casos en que exista desacuerdo entre los padres respecto a si el menor debe o no vivir con su madre, la decisión corresponde a dicho funcionario judicial, consultando el interés superior del menor.

(ii) El límite temporal de los tres años es el máximo tiempo que puede estar un menor junto a su madre dentro de la cárcel. Cuando las autoridades encargadas de vigilar y cuidar a los menores detecten que, en un caso concreto, lo mejor para el interés superior de éste, a pesar de ser menor de tres años, no es estar con su madre, podrán adelantar los procedimientos orientados a su protección. En caso de que la decisión sea separarlos, la medida ha de ser tomada por un juez, no por autoridad administrativa.

VII. DECISIÓN

En conclusión, no desconoce los derechos del menor, una norma legal al permitir su permanencia en un centro de reclusión, hasta los tres años, junto a su madre privada de la libertad, siempre que condiciones de vida adecuadas y sistemas de protección efectivos garanticen la prevalencia de los derechos de los niños y protejan el interés superior del menor, el cual puede consistir en algunos casos en que el menor sea separado de la madre por decisión del juez competente.

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

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, en los términos del condicionamiento fijado en el apartado seis punto cinco (6.5.) de la parte motiva de la presente sentencia.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario.

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

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración Especial de voto a la Sentencia C-157/02

DERECHOS DEL NIÑO EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO DE LA MUJER-Condicionamiento del servicio social penitenciario (Aclaración especial de voto)

DERECHOS FUNDAMENTALES-Efectividad (Aclaración especial de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Garantía de efectividad de principios, derechos y deberes constitucionales (Aclaración especial de voto)

ACCION DE TUTELA-Efectividad de derechos fundamentales (Aclaración especial de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Abandono del formalismo (Aclaración especial de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Contexto en que son concebidos y aplicados los textos/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Efectividad real de los derechos/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD-Aplicación depende de interpretación (Aclaración especial de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Aplicación directa (Aclaración especial de voto)

Referencia: expediente D-3663

Demanda contra el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993)

Actor: Luis Guillermo Namén Rodríguez

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Guardando el debido respeto por la Sala Plena de la Corte Constitucional, queremos expresar las razones por las que aclaramos parcialmente, y de forma especial, el voto, en relación con el inciso segundo del artículo 153. En efecto, no compartimos la decisión adoptada, ni la concepción de la defensa de la Constitución en la que ésta se funda, en lo que respecta a la declaratoria de exequibilidad pura y simple del segundo inciso del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, según el cual "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.31

1. Los Magistrados que suscribimos la presente aclaración consideramos que se ha debido condicionar también la exequibilidad de este segundo inciso. La especial protección que otorga la Carta Política a los menores de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, imponía a la Corte el deber de condicionar su exequibilidad a la interpretación según la cual, este inciso sea entendido como una orden de inmediato cumplimiento para garantizar a todo menor en una cárcel las condiciones adecuadas para vivir, crecer y desarrollarse integralmente, así como un sistema de protección que asegure el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

La ponencia original contemplaba, en su parte resolutiva, un condicionamiento a la declaratoria de exequibilidad del inciso segundo de la disposición acusada en los siguientes términos:

Segundo — Declarar exequible el inciso segundo del artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario, en el entendido de que la falta de condiciones de vida adecuadas o de sistemas de protección del menor, apreciada en cada centro de reclusión, exige la adopción inmediata de un programa para asegurar el goce efectivo de los derechos de los niños, sin perjuicio de que, si se dan las causas legales, se justifique en un caso particular la separación de la madre y el menor de conformidad con los procedimientos encaminados a protegerlos.

Esta propuesta bien hubiera podido ser pulida, pero, sin embargo, fue rechazada por la mayoría de Sala Plena por cuanto se consideró que el control abstracto de constitucionalidad tan sólo se ocupa de la validez de las normas a la luz de la Carta Política, sin abordar cuestiones relativas a su aplicación, tema sobre el cual versaba, a juicio de la mayoría, el

condicionamiento.

Quienes aclaramos el voto, nos distanciamos de tal posición, porque el artículo 241 de la Carta impone un claro mandato a la Corte Constitucional, al confiarle la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, el cual comprende garantizar la efectividad de los derechos, deberes y principios constitucionales como lo dispone el artículo 2° de la Carta. Los derechos fundamentales, en especial los de los menores, no pueden entenderse salvaguardados por la existencia de textos legales que formalmente podrían no ser contrarios a la Carta Política, pero que en nuestro contexto real carecen de la eficacia suficiente para asegurar el goce efectivo de tales derechos.

La protección del goce efectivo de los derechos constitucionales no se agota en la verificación de la coherencia del ordenamiento jurídico, sino que comprende la apreciación de las condiciones sociales dentro de las cuales las garantías constitucionales surten o no sus efectos. En otras palabras, el control constitucional abstracto no tiene que ser un control descontextualizado. El juicio de constitucionalidad abstracto también supone un análisis tal que sitúe la norma en el contexto real en el que es producida y aplicada. Es allí donde la Corte puede valorar cabalmente si las disposiciones acusadas, en su texto y en sus efectos, vulneran o no la Constitución.

¿Se trata acaso de una tesis novedosa? De ninguna manera, la jurisprudencia constitucional ha señalado en repetidas ocasiones la necesidad de contextualizar el análisis de las normas para efectuar a cabalidad un juicio de constitucionalidad, llegando incluso a declarar inexequibles normas por el hecho de que no existían las condiciones reales para ser aplicadas cabalmente, como ocurrió en la sentencia C-160 de 1999 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), donde se dijo,

“a) La Corte en esta oportunidad no se ha limitado exclusivamente a la confrontación de las normas acusadas con los textos de la Constitución, pues, aparte de la comparación que es de rigor en los procesos de constitucionalidad consideró que, con el fin de asegurar la vigencia y efectividad del derecho fundamental de acceso a la justicia y la prevalencia de lo sustancial sobre lo formal, debía penetrar en el mundo fáctico dentro del cual las normas referentes a la conciliación prejudicial debían ser aplicadas, y de ahí dedujo que se afectaba el núcleo esencial del referido derecho ante la ausencia de los instrumentos materiales y personales requeridos para asegurar la operatividad de esta modalidad de conciliación.

b) La Corte consideró que la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, en cuanto comportaba una limitación al acceso a la justicia, debía someterse a unos requisitos básicos, con miras a asegurar que dicho acceso quedará suficientemente resguardado o garantizado y no sujeto a contingencias inciertas, como las anotadas, algunas de ellas libradas a la apreciación y al criterio subjetivo de los operadores jurídicos.

c) La declaración de inexequibilidad de las normas mencionadas obedeció no sólo a la ausencia de los mecanismos operativos requeridos para su realización práctica, sino a la circunstancia de que sus prescripciones normativas no contenían los elementos mínimos requeridos para garantizar de manera real y efectiva el principio constitucional de acceso a la justicia. Por lo tanto, en cuanto dicho acceso quede garantizado no hay inconveniente en que el legislador vuelva a regular la conciliación laboral prejudicial, la cual, no es por sí misma

inconstitucional.”32

Igualmente el tema lo abordó Corte cuando se refirió a la interpretación vivificante de la Constitución en los siguientes términos,

“(…) La Constitución no es un invento artificioso sino un pacto político fundamental concebido a partir de nuestra realidad y adoptado por una Asamblea Constituyente popularmente elegida y pluralista, y acordada para orientar la atención que las autoridades brinden a los problemas concretos de los colombianos. Por su origen y su función, la interpretación de la Constitución ha de ser vivificante para que sus mandatos efectivamente se cumplan y para que su significado responda a las realidades nacionales. Por eso, el artículo 2° de la Carta dispone que el Estado, del cual forma obviamente parte la Corte Constitucional, tiene como uno de sus fines esenciales “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.33

2. El lamentable estado en el que se encuentran las niñas y los niños que están con sus madres en los centros de reclusión, muestra que para el Estado los mandatos legales según los cuales i) el servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a los menores que se encuentren en los centros de reclusión, y ii) las reclusiones de mujeres tendrán guarderías, no son de carácter imperativo e inmediato cumplimiento. Hace ya casi una década que la norma fue expedida por el Congreso de la República y aún no existe un adecuado sistema de protección al menor y tan sólo cuatro centros de reclusión tienen guardería. En una investigación de la Defensoría del Pueblo sobre la situación de los hijos menores de las internas en el Departamento del Huila se indica,

“(…) en los centros penitenciarios con sus madres y conforme a la Ley, se encuentran recluidos menores de tres años a los cuales el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar debe brindar una mayor protección, orientación y cuidado, sin embargo se estableció que estos menores no reciben ningún tipo de ayuda, están olvidados y no están vinculados a los programas de nutrición (…) Considera esta Regional, que efectivamente se está vulnerando los derechos a la dignidad humana de las internas, y los derechos de los niños, por ello es importante RECOMENDAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario que ubique al personal femenino privado de la Libertad cerca de la residencia de su familia; y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que brinde una verdadera atención integral en protección preventiva y especial a los menores hijos de las internas que se encuentran con ellas, teniendo en cuenta que éstos se encuentran en un establecimiento donde no existen las condiciones mínimas para albergarlos, atenderlos, o brindarles la alimentación balanceada que estos requieren para su adecuado y sano crecimiento.”34

3. Podría objetarse que el asunto que pretendemos aquí plantear antes que referirse al respeto de la Constitución, tiene que ver con la aplicación de la ley, por lo que se trata de un asunto que escapa a la competencia de la Corte. Sin embargo, consideramos que ello no es así. En la aplicación de esta norma está en juego el goce efectivo de los derechos fundamentales de un grupo de menores que se encuentran en un medio inhóspito, expuestos a violencia física o moral, abuso sexual o explotación económica, por ejemplo. No es este un caso de aplicación de la ley, exclusivamente, sino ante todo, de aplicación directa de la Carta Política.

Tal y como lo mostró la Corte a lo largo de la sentencia, tanto en las normas internacionales como en las constitucionales y legales, existen disposiciones que obligan al Estado a ayudarle a los padres de todo menor a garantizar los derechos de sus hijos, cuando ellos no puedan hacerlo. Los niños y niñas de mujeres recluidas en cárceles, se encuentran en esta situación. Para ellas es imposible asegurar y garantizar, por sí mismas, un ambiente adecuado para el desarrollo de los menores. De tal forma, que el fallo de la Corte en este punto desatendió la especial protección que la Constitución le otorga al menor, al permitir que los niños puedan estar en la cárcel sin que efectivamente se les brinde protección. La Corte Constitucional parece olvidar en este punto que como autoridad judicial, también está obligada por el artículo 9° de la Convención Sobre los Derechos del Niño, según el cual, al decidir, las autoridades han de buscar el interés superior del niño.

4. ¿Implica este fallo del cual nos apartamos parcialmente que estos menores están desprotegidos, que sus derechos constitucionales están supeditados a que buenamente la administración decida cumplir la ley? Afortunadamente no. Pese a que la Corte no adoptó una decisión que garantice cabalmente los derechos de las niñas y los niños, en tanto que consideró que era una cuestión de mera "aplicación de la ley", el control de constitucionalidad difuso y concreto que se ejerce mediante la acción de tutela permite asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los menores.

Por ejemplo, la guardería con que actualmente cuenta el centro de reclusión La Badea, en el municipio de Dosquebradas (centro de reclusión de mujeres para Pereira) es producto de la orden de un juez de tutela. En efecto, tres de las reclusas que tienen hijos en el centro carcelario interpusieron una acción de tutela contra el INPEC y el ICBF por considerar que se desconocían los derechos fundamentales de sus hijos al no brindarles alimentación adecuada ni asistencia social, y al no contar con medicamentos y remedios para menores, ni con el servicio de guardería. Igualmente alegaron que no se les permitía trabajar, impidiéndoseles así conseguir recursos para velar por el bienestar de sus hijos.

El 25 de junio de 1998, en primera instancia, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda (M.P Oscar Alonso Campuzano Cuartas) concedió la tutela por considerar que efectivamente se violaban los derechos de los niños recluidos en aquella cárcel. Fundada en el "concepto de asistencia"35 y preocupada por el goce efectivo del derecho de los menores, la Sala resolvió ordenar, entre otras cosas, la protección de sus derechos fundamentales en juego,36 la prestación del servicio de guardería,37 y la posibilidad de que las madres cuenten con un trabajo remunerado, para que ellas puedan contar con dinero para poder atender las necesidades de protección que los niños requieren.38

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en sentencia de julio 30 de 1998 (M.P. Amelia Mantilla Villegas), confirmó en segunda instancia la decisión. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior, con una concepción de lo que significa la aplicación de la Constitución que compartimos los Magistrados que aclaramos el voto, señaló,

"No bastan a los efectos del real cumplimiento de tales mandatos superiores (artículos 13, 42 y 44 de la C.P.), las simples afirmaciones del Director Regional del INPEC –expresadas en su escrito de impugnación– de colaborarle a las madres al máximo para que su estadía en la

cárcel sea cada día mejor, pues la obligación que le impone la Constitución a la familia y al Estado es la de velar directamente por los niños y no mediante ese procedimiento mediatizado que plantea (…)”

El expediente de tutela posteriormente fue remitido a la Corte Constitucional en donde no fue seleccionado para revisión.

5. Así pues, los Magistrados que nos apartamos de la decisión mayoritaria consideramos que la Corte resolvió no condicionar la exequibilidad del segundo inciso del artículo en cuestión, por estar sumida en la distinción formalista entre interpretación y aplicación, y en la concepción, igualmente formalista, de que la Constitución se aplica por medio de la ley, y no de manera directa.

La Sala Plena al haberse sumido en el formalismo, quedó finalmente encadenada a una teoría que le impidió desarrollar plenamente su misión de salvaguarda de la Constitución. La creencia de que la aplicación efectiva de la Constitución no es un tema relevante en el control abstracto de constitucionalidad de las leyes, la llevó a actuar en contra de la principal premisa de su fallo, al tomar una decisión que no era la mejor a la luz del interés superior del menor.

En conclusión, cuatro son los eslabones formalistas que componen la cadena que ata la sentencia de la Sala Plena en lo que respecta al inciso segundo del artículo 153 demandado. Primero, creer que el control abstracto de constitucionalidad es una simple comparación de textos, independientemente del contexto en el cual éstos son concebidos y aplicados. Segunda, considerar que esta modalidad de control constitucional debe limitarse a verificar la coherencia lógico-formal de la ley con relación a la Constitución, antes que establecer si la ley asegura la efectividad real de los derechos. Tercera, pensar que interpretar y aplicar un texto son dos cosas claramente diferentes, suponiendo así que una cosa es señalar qué dice una norma (interpretarla) y, otra muy distinta, indicar cómo debe ser ejecutada (aplicarla), cuando en verdad la segunda depende inevitablemente de la primera. Por último, el cuarto eslabón formalista que pesa sobre el fallo de la Sala Plena, es aceptar que la ley es el medio necesario a través del cual se aplica la Constitución. La Constitución, como norma de normas, tiene fuerza jurídica y eficacia propias, y la ley jamás puede ser colocada como barrera que impida la aplicación directa de los derechos fundamentales.

Fecha ut supra,

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Ver expediente, folio 14.

2 Ver expediente, folio 15.

3 Ver expediente, folio 15.

4 Ver expediente, folio 45.

5 Cita las sentencias T-339/94 y T-110/95.

6 Ver expediente, folio 50.

7 Ver expediente, folio 51.

8 Ver expediente, folio 55.

9 Ver expediente, folio 64.

10 Ver expediente, folio 64.

11 Sentencia C-925/00 M.P. (José Gregorio Hernández Galindo).

12 Con relación a la fundamentalidad de los derechos de las niñas y los niños ver entre otras las sentencias T-402/92 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-043/95 (M.P: Fabio Morón Díaz).

13 Por ejemplo, en la sentencia T-598/93 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) se decidió que permitir "(…) indiscriminadamente y por principio la detención domiciliaria de las madres de menores, no sólo pone en entredicho la seguridad del Estado y la tranquilidad ciudadana, sino que no soluciona el verdadero problema. Esto es, la humanización de las condiciones carcelarias. Lo pertinente, en este orden de ideas, es adaptar el sistema penitenciario a las exigencias del estado social de derecho, de tal manera que se respeten los derechos de los menores."

14 La Constitución contempla un subsidio alimentario a cargo del Estado para las mujeres en estado de embarazo y después del parto, si para entonces están desempleadas o desamparadas (art. 43, C.P.), y para personas en condiciones de indigencia.

15 El artículo 356 de la Carta fija como prioridad del gasto de las entidades territoriales la educación preescolar, primaria, secundaria y media.

16 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 sobres toda otra consideración, el interés superior del menor."

17 numeral 2 art. 27 Convención.

18 numeral 3 art. 27 Convención.

19 Artículo 3. Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social; estos derechos se reconocen desde la concepción. || Cuando los padres o las demás personas legalmente obligadas a dispensar estos cuidados no estén en capacidad de hacerlo, los asumirá el Estado con criterio de subsidiaridad.

20 Código del Menor, Artículo 30.- Un menor se halla en situación irregular cuando: 1. Se encuentre en situación de abandono o de peligro. 2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas. 3. Su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren. 4. Haya sido autor o partícipe de una infracción penal. 5. Carezca de representante legal. 6. Presente deficiencia física, sensorial o mental. 7. Sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción. 8. Sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley. 9. Se encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.

21 El Título Segundo del Código del Menor esta dedicado al menor abandonado o en peligro físico o moral, condición definida en el artículo 31 en los siguientes términos: “Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando: 1. Fuere expósito. 2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor. 3. No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituido en que hubiere ingresado, por las personas a quiénes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación. 4. Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando uno u otros lo toleren. 5. Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia. 6. Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social. 7. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquiera otros motivos. || Parágrafo 1.- Se presume el incumplimiento de que trata el numeral 2 del presente artículo, cuando el menor está dedicado a la mendicidad o a la vagancia, o cuando no convive con las personas llamadas por la ley a tener su cuidado personal. Esta presunción admite prueba en contrario. || Parágrafo 2.- Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión de desapego hacia alguno de sus progenitores.”

22En lo que a la Convención se refiere, es probable que el silencio se deba a que éste es un asunto en el que las diferentes legislaciones internas han tomado diversas determinaciones.

Mientras algunos países no permiten que el niño esté con la madre en la cárcel otros sí, algunos lo permiten durante 12 meses, otros durante 18 y otros, como España o Colombia, durante tres años.

23 En ese mismo informe se indica: "(...) cuando los niños de corta edad carecen de estímulos positivos durante la etapa de mayor desarrollo, se producen cortocircuitos cerebrales. Si un niño no recibe atención adecuada o sufre desnutrición, tensiones, traumas, abusos o negligencia, la primera baja es su cerebro en pleno desarrollo." UNICEF, Estado Mundial de la Infancia 2001. Página en internet (http://www.unicef.org/spanish/sowc01/short_version/page1.htm).

24 Los menores sólo son recibidos después de los seis meses.

25 Además de la de Pereira, en la regional Viejo Caldas hay dos reclusiones de mujeres más, la de Manizales y la de Armenia, pero en ninguna hay menores.

26 Actualmente se está concluyendo la guardería de la reclusión de mujeres de Cali y en Popayán se cuenta con un terreno para ello.

27 Estudios especiales sobre el tema resaltan que el menor al que se le priva de una adecuada relación con la madre suele tener características depresivas o agresivas, así como tener un bajo rendimiento en los estudios. (Moses Marilyn, Keeping Incarcerated Mothers and Their Daughters Together: Girl Scouts Beyon Bars. Página de internet: http://www.ncjrs.org/txtfiles/girlsct.txt).

29 En Estados Unidos de América, país que tiene uno de los mayores números de mujeres en la cárcel, y de las cuales el 90% son madres solteras, existe en cada estado una legislación propia que recoge la política pública que al respecto se ha adoptado. Así, mientras en algunos casos como el de Maryland hasta hace unos años era raro incluso que niñas visitaran a sus madres en la cárcel, en otros como Nueva York recientemente se permitió que la madre conserve a su bebé hasta un año después de nacido, existiendo siempre la posibilidad de que se le prive de tal derecho. En otros estados como California o Illinois, para ciertos casos, como por ejemplo que la mujer no se encuentre recluida por haber cometido un acto violento, la madre puede ser seleccionada para participar en un programa especial, en donde se le permite conservar a su niño hasta los seis años. (Stacy Dolan Fulco. Babies Behind Bars: The Rights and Liabilities of Babies and Mothers). En España, en donde en 1995 existían 221 niños en las cárceles con sus madres, se permitía esta situación hasta los 6 años, pero a partir de la expedición del Real Decreto 160 de 1996, se redujo este tiempo a 3 años. Por otra parte, el Comité de Ministros del Consejo de Europa presento en abril de 1998 en una serie de recomendaciones acerca de aspectos éticos y organizacionales sobre el cuidado de la salud en prisión. En la recomendación número 69 se indica que es posible que los niños muy pequeños, hijos de madres que están presas, se queden con ellas, siempre y cuando se preste ayuda y asesoría a las madres para brindarles el cuidado que requieren, y para mantener un vínculo emocional y psicológico. (Council of Europe, Comité of Ministres, Recomendation N° R(98) 7;). Con relación a lo que se ha dicho al respecto en Gran Bretaña, puede verse: Her Majesty Prison Service. Report of a Review of Principles, Policies and Procedures on Mothers and Babies/Children in Prison. December, 1999.

30 UNICEF, Estado Mundial de la Infancia 2001. Tomado de M. McCain y F. Mustard Reversing the real brain drain: Early Years Study. Ontario, 1999. p.31.

31 El primer inciso del artículo 153 señala: 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.

32 Sentencia C-160/99 (en este caso la Corte declaró inexequibles los artículos 68, 82, 85 y 87 de la Ley 446 de 1998, normas que establecían el carácter obligatorio de la conciliación laboral prejudicial, administrativa o institucional, y le asignaban a ésta el carácter de requisito de procedibilidad.)

33 Sentencia C-1064/01 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño)

34 Ministerio Público, Defensoría del Pueblo. Investigación Situación de los hijos menores de las internas en las cárceles del Departamento del Huila. Pag.17

35 Dice la sentencia de la Sala Disciplinaria del Consejo seccional de Risaralda: "Otro de los derechos de los menores para los cuales se pide protección, se relaciona con la alimentación, asistencia médica, de suministro de medicamentos, y orientación para su desarrollo integral. Se trata de derechos que se encuadran en la idea denominada por la Corte Constitucional como "concepto de asistencia" previstos en el artículo 44 de la Constitución Política, siendo procedente también disponer la salvaguarda mediante la tutela; para ello el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario en la regional con sede en esta ciudad, deberán disponer las medidas respectivas teniendo en cuenta las funciones que cumplen a nombre del Estado Colombiano y a favor de la niñez. (…)"

36 En sentencia se resolvió: "SEGUNDO.- A los menores Jazmín Elena Lemus, Yamile Mendieta y Luis Eduardo Franco Ladino, los derechos fundamentales comprendidos en el concepto de asistencia, a saber: la salud, la alimentación equilibrada y en general los que se denominan en el Código Civil "una congrua subsistencia" (art. 413 ib.). Queda a cargo de los Directores Regionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), regional Risaralda y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), regional del viejo Caldas, cuyas sedes se encuentran en esta ciudad, atender a dicha obligación. Para llevar a cabo lo mandado y demostrar su ejecución disponen del plazo de ocho días, contados a partir de la notificación de este fallo."

37 En sentencia se resolvió: "TERCERO.- Así mismo, y, para proteger el derecho de asistencia de los menores ya mencionados, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) Director Nacional y Regional Viejo Caldas, ubicada en esta ciudad, dispondrán lo requerido en orden a prestar el servicio de guardería para niños, en el centro de reclusión de mujeres "La Badea", ubicado en el municipio de Dosquebradas, dotándolo de instalaciones y los elementos indispensables para su real funcionamiento. Se concede un plazo de siete meses, contados a partir de la notificación de esta providencia, para su cumplimiento."

38 En sentencia se resolvió: "QUINTO.- Teniendo en cuenta la protección de los menores amparados en esta providencia, se dispone: Las señoras Blanca Lemus, Ruby Janeth

Mendieta Rodríguez y Rosa Elena Ladino, quienes se encuentran privadas de su libertad en el establecimiento de reclusión de mujeres “La Badea”, situado en el municipio de Dosquebradas, se les reconoce el derecho a tener un trabajo enumerado en dicho centro, para la asignación respectiva se mirará su capacitación y habilidad, mientras observen una conducta intachable. La Directora del centro mencionado dispondrá lo pertinente a su observancia, para lo cual se concede plazo de diez días, contados a partir de la notificación de este fallo.”