

C-223-16

Sentencia C-223/16

CODIGO PENITENCIARIO Y CARCELARIO-Visita de niños, niñas y adolescentes a personas privadas de la libertad

VISITA A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS, POR PARTE DE MENORES DE EDAD-Cosa juzgada constitucional respecto de cargos examinados principalmente por igualdad, unidad familiar y vida digna

LEGITIMACION DE PERSONA CONDENADA PARA FORMULAR ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Jurisprudencia constitucional/PERSONA CONDENADA A PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD Y A LA ACCESORIA DE INTERDICCION PARA EL EJERCICIO DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS-Legitimación para interponer acción pública de inconstitucionalidad

Referencia: expedientes D-10914 y D-10932

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 112 A (parcial) de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

Actores: Gustavo Guarnizo Guarnizo (D-10914) y Maryemelina Daza Mendoza y María Cecilia Patiño Becerra (D-10932).

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá D. C., cuatro (4) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La acción de inconstitucionalidad solicita que se declare la inexecutable del artículo 112 A (parcial) de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

II. TEXTO DE LA NORMA PARCIALMENTE ACUSADA

A continuación se resalta el aparte demandado:

“LEY 1709 DE 2014

(enero 20)[1]

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

DECRETA:

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

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

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

III. LA DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los accionantes (D-10914 y D-10932), el primero de ellos privado de la libertad[2], coinciden en solicitar la inexecutable de la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil” por vulnerar esencialmente los derechos de los internos y de los menores de edad

familiares a una vida digna, a la igualdad y a la unidad familiar, contenidos en los artículos 5, 11, 12, 13, 42, 44, 93 y 94 de la Constitución, así como en los artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2, 10.3, 23.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 4º, 5.2, 17.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Estiman que la medida adoptada conlleva al aislamiento de la persona privada de la libertad de su entorno familiar, que además se torna discriminatoria al negar la visita de los familiares en los demás grados de consanguinidad y civil. En esa medida, sostienen que lo demandado contradice el derecho a la igualdad, en su contenido de proscripción de discriminación por origen familiar, al excluir a los que no son descendientes directos del interno, a lo cual se suma el concepto sociológico de familia (de crianza), lo que menoscaba en últimas la unidad familiar del interno y la protección reforzada del menor.

Concluyen que se está ante una forma de segregación estatal, al fijarse un trato diferenciado sin justificación jurídica y fáctica, que recae sobre las familias y los sectores sociales en situación de debilidad.

IV. INTERVENCIONES

1. Ministerio del interior. Solicita declarar inexecutable la expresión demandada. Manifiesta que el Estado está llamado a adoptar medidas que garanticen la unidad familiar como garantía de los derechos del recluso y su resocialización, además de la protección reforzada que se debe dar a las familias de crianza. Observa que dado el interés superior de los niños se les debe salvaguardar la unidad familiar por la sociedad y el Estado.

2. Ministerio de Justicia y del Derecho. Encuentra inconstitucional lo impugnado, al contemplar medidas discriminatorias para las personas privadas de la libertad, que repercuten principalmente en los menores de edad al restringirles su derecho a las visitas. Explica que la integración de la familia hoy comprende aspectos como la solidaridad y apoyo mutuo que integran el concepto de familia.

3. Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, Ministerio de Justicia y del Derecho. Pide la inexecutable del artículo parcialmente acusado. Refiere que actualmente el concepto de familia incluye a los menores que no ostentan parentesco de consanguinidad o civil. Se

instituye una restricción irrazonable y desproporcionada al recaer sobre el interno y los menores de edad en cuanto a la unidad familiar y la resocialización de aquel.

4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Como lo había solicitado en su intervención respecto del expediente D-10875 (cosa juzgada constitucional), encuentra exequible lo demandado en el entendido que también podrán visitar a los internos aquellos menores que demuestren un vínculo estrecho de familiaridad, lo cual requerirá una reglamentación por el Inpec. Precisa que la disposición legal compromete los derechos de las personas privadas de la libertad a la unidad familiar, así como su resocialización, al igual que el interés superior del menor y de aquellos que sin tener el grado de consanguinidad o civil han creado una relación familiar estable.

5. Defensoría del Pueblo. Pide que se declare inexecutable la expresión acusada al impedir a quienes se encuentren privados de la libertad mantener contacto con los menores que hacen parte de su familia pero que no se encuentran dentro del primer grado de consanguinidad o civil. Estima obstaculizado el proceso de resocialización, la dignidad de los internos y la garantía de las familias que surgen de la crianza.

6. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC. Insta a la executibilidad en el entendido que las medidas de control adoptadas por el Inpec para el ingreso de menores antes que constituir un hecho discriminatorio son medidas de salvaguarda de sus derechos, orientadas al afianzamiento de los lazos familiares.

7. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Expone algunas consideraciones soportadas en sentencias de la Corte que destacan el alcance del derecho a tener una familia y no ser separada de ella, al concepto extendido de familia, al interés superior del menor y al régimen de visitas, para terminar concluyendo que las pretensiones del accionante deben negarse.

8. Universidad de los Andes[3]. Considera que la medida adoptada por el legislador no cumple las exigencias del criterio de idoneidad, porque no tiene un fin constitucionalmente legítimo. No encuentra que se establezca el fin ni la relevancia social, además de introducirse una desigualdad entre las personas, que desatiende situaciones diversas de quienes han asumido un rol parental o sin pertenecer a una misma familia.

Llama la atención en cuanto a que el análisis y la toma de decisiones sobre medidas restrictivas del régimen de visitas a internos ha de atender aspectos relativos: i) al impacto del encarcelamiento de un familiar en los menores de edad; ii) al rol de las visitas entre menores e internos; iii) la frecuencia del contacto entre menores e internos; iv) al impacto en los menores de las visitas a establecimientos educativos; y v) al impacto de las visitas de familiares en los internos. Concluye que la norma, en lo acusado, se constituye en un nuevo obstáculo de contacto entre las personas privadas de la libertad y sus familiares, que dificulta obtener los beneficios de las visitas que la investigación empírica ha identificado.

9. Universidad Nacional[4]. Informa que los contactos con el exterior tienen en general para los internos un efecto positivo en la salud mental, al ayudarles a mantener la comunicación con el mundo exterior y tener otros marcos de referencia y de actuación para su comportamiento. El papel de las visitas será más importante cuanto más particular sea el vínculo afectivo entre el visitado y la visita. Aduce que debe evitarse que el menor soporte una responsabilidad impropia de su edad y su rol. Los servicios de familia del Estado han de verificar de forma apropiada para la edad y desarrollo del menor que éste desea seguir visitando al familiar, que puede requerir la evaluación psicológica y familiar de las personas que son responsables del menor, como examinar las demás cuestiones de seguridad[5].

De otra parte, expone que la razonabilidad de la medida está del lado de no agravar la situación del privado de la libertad impidiéndole el desarrollo de sus vínculos familiares. Anota que el Estado tiene la obligación de tomar medidas y adoptar políticas conducentes que garanticen efectivamente el derecho de mantener y desarrollar las relaciones familiares y sentimentales respecto de los internos, sin excusarse en la carencia de recursos económicos, por lo que encuentra irrazonable y desproporcionada la medida legislativa[6].

10. Universidad Sergio Arboleda. Propone la inexecutablez de la disposición demandada al desconocerse no solo los derechos de los internos al tratamiento digno y la unidad familiar, sino también de los menores de edad a tener una familia y no ser separada de ella. Encuentra evidente el trato discriminatorio, la afectación a la garantía de reinserción social y la reducción del concepto de familia.

11. Universidad Santo Tomás. Reclama la inconstitucionalidad de la expresión cuestionada.

Anota que el Estado está obligado a permitir que las personas privadas de la libertad mantengan sus lazos familiares y los menores de edad conserven los vínculos afectivos, dentro del concepto amplio de familia que no se reduce al primer grado de consanguinidad o civil. Observa que la medida legislativa vulnera el derecho a la igualdad por cuanto no pueden limitarse otros derechos a aquellos que comprometen la decisión judicial, además de truncar el proceso de resocialización de los internos.

V. CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Ministerio Público considera que la Corte debe estarse a lo resuelto en la sentencia que ponga fin al expediente D-10875, en atención a que los cargos allí formulados resultan idénticos a los que se proponen en la demanda sub examine. Expone que el cargo que podría considerarse distinto es la presunta vulneración de la igualdad, aunque tampoco llevaría a desvirtuar la constitucionalidad de la norma demandada. Además, solicita la inhibición sobre la primera demanda (D-10914) por cuanto el ciudadano se encuentra privado de la libertad.

Luego de transcribir los argumentos que le llevaron en su momento a proponer la exequibilidad de la expresión acusada[7], precisa que también debe declararse constitucional respecto del derecho a la igualdad, al no existir una obligación de tratar de forma idéntica todos los vínculos familiares. Afirma que el trato diferenciado que se da a los distintos grados de consanguinidad y a los lazos naturales de carácter familiar que puedan existir entre un menor de edad y un interno está plenamente justificado al buscar un fin legítimo como es garantizar integralmente los derechos de los menores en un entorno hostil, sin afectar sus relaciones paterno-materno filiales en el marco de su desarrollo integral, ni desconocer de manera desproporcionada la igualdad de trato de los reclusos.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para conocer del presente asunto, por cuanto la norma parcialmente acusada hace parte de una Ley de la República -artículo 241.4 superior-.

2. Improcedencia de la inhibición

El Ministerio Público solicita a la Corte que se declare inhibida para proferir una decisión de fondo en el proceso D-10914, en razón a una falta de legitimación por activa derivada del hecho de que el accionante se encuentra privado de la libertad por condena de autoridad judicial y, por tanto, suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos.

La Sala considera que tal solicitud no está llamada a prosperar atendiendo el cambio de jurisprudencia que se dio desde los Autos 241 y 242 de 2015, reiterados recientemente en las sentencias C-387 de 2015 y C-026 de 2016, para señalar que “la pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas no priva a los condenados del derecho a interponer la acción pública de inconstitucionalidad”. Así fue sintetizada la nueva posición sobre el tema:

“(i) La Constitución sólo exige ostentar la calidad de ciudadano para ejercer el derecho a instaurar acciones de inconstitucionalidad. (ii) Si bien este es un derecho político, es también fruto del derecho fundamental a acceder a la administración de justicia, que en el marco político es además universal. Dado que el acceso a la justicia es esencial para garantizar el goce efectivo de los demás derechos y libertades, y para definir los límites de las instituciones estatales, la suspensión parcial del derecho a interponer acciones públicas no es sólo la restricción de un derecho político, sino la reducción de la efectividad de todos los demás derechos constitucionales, lo cual es inadmisibles. (iii) Es necesario ser coherente con el desarrollo institucional de la acción pública de inconstitucionalidad, y esto supone no detener la ampliación del grupo de ciudadanos colombianos titulares de ese derecho fundamental, aunque es preciso aclarar que no se trata de ampliar el catálogo de derechos de las personas condenadas, sino de garantizar su acceso a la justicia constitucional. (iv) Es necesario actualizar el entendimiento de la Constitución para comunicarlo con la realidad penitenciaria y el derecho internacional de los derechos humanos”[8].

En consecuencia, no se accederá a la solicitud de la Procuraduría por cuanto el actor se encuentra legitimado para presentar la acción de inconstitucionalidad.

3. Configuración de la cosa juzgada constitucional

Dado que con posterioridad a la admisión de la demanda se profirió la sentencia C-026 del

03 de febrero de 2016 que resolvió una demanda (D-10875) presentada contra el mismo aparte impugnado y por los mismos cargos[9], la Corte procederá a declarar la cosa juzgada constitucional (art. 243 superior).

En la sentencia C-987 de 2010 se indicaron los presupuestos para que se configure la cosa juzgada constitucional: “(i) que se proponga estudiar el mismo contenido normativo de la misma proposición normativa, ya estudiada en una sentencia anterior; y (ii) que se proponga dicho estudio por las mismas razones (esto incluye el referente constitucional o norma presuntamente vulnerada), ya estudiadas en una sentencia anterior”.

La reciente decisión planteó como problema jurídico el siguiente: “le corresponde a la Corte establecer si la norma parcialmente acusada, por el hecho de limitar las visitas de las personas privadas de la libertad por parte de menores de edad, sólo a quienes se encuentren en el ‘primer grado de consanguinidad o primero civil’, desconoce los derechos de la población carcelaria y de los niños, niñas y adolescentes a una vida digna, a la igualdad y a la unidad familiar”[10].

Como respuesta al problema jurídico planteado, la Corte expuso una serie de consideraciones que responden sustancialmente los cuestionamientos generados en esta nueva demanda. Luego de referir a la especial sujeción que surge entre el Estado y las personas privadas de la libertad, a la familia y su ámbito de protección, a la protección de la unidad familiar de los internos, a los antecedentes de la norma acusada y a la sentencia T-111 de 2015, esta Corporación determinó lo siguiente:

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

9.16. Como consecuencia de lo anterior, no se pone en duda que la expresión acusada desconoce abiertamente el deber constitucional impuesto al Estado de garantizar, tanto a

las personas privadas de libertad como a sus familiares menores de edad, el derecho a preservar sus relaciones familiares, pues la misma no permite que niños, niñas y adolescentes con los que se han mantenido lazos afectivos y de convivencia, como puede ser el caso de nietos, sobrinos e hijos de crianza, mantengan contacto permanente con sus familiares privados de la libertad, lo cual puede producir, frente al primer grupo de sujetos, una afectación grave a su desarrollo afectivo e integral, y con respecto a los segundos, una desmejora en su proceso de resocialización que, precisamente, constituye el fin esencial de la pena. (...)

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

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

10.9. Ahora bien, no obstante lo anterior, en la tensión que se presenta entre la garantía de los derechos a la integridad y seguridad de los menores de edad, y los derechos a la unidad familiar, a la igualdad y a la dignidad humana también de los menores de edad y de los propios reclusos, uno de los aspectos que debe ser objeto de una consideración especial es el relacionado con la naturaleza del delito por el cual ha sido procesado o condenado el interno que tiene derecho a la visita. Ello, en razón a que cierto tipo de comportamientos delictivos, como son precisamente aquellos en los que la víctima ha sido un menor de edad, puede generar un riesgo extraordinario a la seguridad e integridad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que ingresan a los establecimientos carcelarios. (...).”

Con fundamento en lo anterior la Corte resolvió:

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

En esta medida, como lo pusieron de presente algunos intervinientes y la Procuraduría, precisando que también fue examinado el cargo de igualdad, la Sala encuentra que se ha configurado la cosa juzgada constitucional respecto a la nueva acusación formulada, que responde de forma integral el cuestionamiento presentado por el accionante. Por tanto, deberá estarse a lo resuelto en aquella oportunidad, respecto de los cargos examinados principalmente por igualdad, unidad familiar y vida digna.

VII. DECISIÓN

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

ESTARSE A LO RESUELTO a la sentencia C-026 de 2016, que declaró exequible de manera condicionada la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en

el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Gobierno, publíquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Presidenta

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con excusa

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-223/16

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR E IGUALDAD FRENTE A LA PROTECCION DE MENORES DE EDAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS-Si bien existía cosa juzgada habría sido de gran utilidad tener como parámetro la obligación del Estado de garantizar la vida e integridad de niños, niñas y adolescentes (Aclaración de voto)

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD-Alcance (Aclaración de voto)

MP. Jorge Iván Palacio Palacio

D-10914 AC

Aclaro mi voto frente a la sentencia C-223 de 2016, aprobada en la Sala Plena del cuatro (04) de mayo de dos mil dieciséis (2016), por medio de la cual se declaró “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-026 del 3 de febrero de 2016, que declaró exequible de

manera condicionada la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112 a) de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la ley 1709 de 2014.”

Si bien comparto que en este caso no era posible un nuevo pronunciamiento por la existencia de cosa juzgada respecto de la sentencia C-026 de 2016[11], desde ésta declaratoria de exequibilidad condicionada considero que si bien la norma admitía una interpretación constitucional a través del condicionamiento, la técnica jurídica utilizada no era la adecuada. Por un lado, teniendo en cuenta los derechos analizados -unidad familiar y la igualdad- frente a la protección de los menores frente a los potenciales riesgos que entraña la cárcel, habría sido de gran utilidad tener como parámetro de control la obligación del Estado de garantizar la vida, la integridad y la protección de los niños, niñas y adolescentes.

En segundo lugar, en la sentencia de la que se predica cosa juzgada, en la solución del caso concreto omitió el desarrollo completo del juicio de proporcionalidad, pues simplemente argumentó que la medida “en principio es razonable” sin demostrar que la restricción no era adecuada ni necesaria, por lo que, sin aplicar enteramente el juicio integrado de igualdad, la sentencia C-026 de 2016 confundió las intensidades aplicables al asunto (la adecuación se aplica a juicios débiles y la necesidad a los estrictos). Razón por la que en ésta ocasión, reitero que el juicio de proporcionalidad no resulta de una simple ponderación de principios sino que supone el desarrollo ordenado de una serie de etapas, que a la postre permiten restringir la discrecionalidad del juez constitucional, en tanto que supone implementar una técnica jurídica que busca ser lo más objetivo posible frente a la libertad de configuración legislativa, sobre todo tratándose de una norma penal.

Con el acostumbrado respecto por las decisiones de la mayoría,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA C-223/16

VISITA A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS POR MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Cosa juzgada constitucional en relación con la violación a los derechos a la igualdad, unidad familiar y vida digna (Aclaración de voto)

FALTA DE LEGITIMACION DE PERSONAS CONDENADAS POR SUSPENSION DE DERECHOS POLITICOS PARA INTERPONER ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Reitera aclaración de voto de las sentencias C-387 de 2015 y C-026 de 2016 (Aclaración de voto)

Referencia: Expedientes D-10914 y D-10932

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

Demandantes: Gustavo Guarnizo Guarnizo (D-10914) y Maryemelina Daza Mendoza y María Cecilia Patinño Becerra (D-10932)

Magistrado Ponente:

Jorge Iván Palacio Palacio

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, presento a continuación las razones que me conducen a aclarar mi voto en la decisión adoptada por la Sala Plena en sesión del 4 de mayo de 2016, que profirió la sentencia C-223 de 2016.

2. La providencia en que aclaro mi voto declaró “estarse a lo resuelto a la sentencia C-026 de 2016, que declaró exequible de manera condicionada la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112ª de la Ley 65 de 1993, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014” por considerar que se configuró la cosa juzgada, ya que la acusación formulada en esta oportunidad, en relación con la violación a los derechos a la igualdad, unidad familiar y vida digna, fue respondida de forma integral en la sentencia C-026 de 2016.

3. Aunque comparto plenamente la decisión adoptada y los fundamentos de ella, en la parte motiva se consignó un aspecto con el que no estoy de acuerdo. En efecto, la providencia al analizar la petición del Ministerio Público de inhibirse de hacer un pronunciamiento, toda vez que uno de los demandantes (D-10914) se encontraba privado de la libertad y por lo tanto suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos, la Sala Plena decidió reiterar la posición sentada en los autos 241 y 242 de 2015[12] y reiterada en las sentencias C-387 de 2015[13] y C-026 de 2016[14], en cuanto a considerar que las personas condenadas a quienes se les han suspendido los derechos políticos están legitimados para interponer acciones de inconstitucionalidad ante esta Corporación.

En consecuencia, reitero la posición que dejé consignada en las aclaraciones de voto a las sentencias C-387 de 2015[15] y C-026 de 2016[16], en las que expliqué por qué sostengo que las personas condenadas penalmente que han recibido como pena principal o accesoria la interdicción de sus derechos políticos no pueden ejercer la acción pública de inconstitucionalidad. A continuación transcribo lo que expresé en la última oportunidad:

4. Los autos 241 y 242 de 2015[17], que cambiaron la jurisprudencia vigente y que la presente sentencia acoge plenamente, consideran que los ciudadanos condenados a pena privativa de libertad que tienen suspendidos sus derechos políticos, como pena principal o accesoria, tienen legitimidad para instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad, por las siguientes razones:

- a. La Constitución no hace distinciones frente a ciudadanos. Autoriza que todos los ciudadanos puedan interponer la acción pública de inconstitucionalidad (Art. 40-6)
- b. El entendimiento de la Constitución debe actualizarse. Existe un derecho fundamental a acceder a la administración de justicia constitucional, que no puede ser restringido por el derecho penal de orden legal.
- c. No se puede hacer una lectura limitada de estos derechos. Se debe dar una ampliación progresiva del grupo de ciudadanos titulares del derecho a demandar en acción pública.
- d. Es preciso actualizar el entendimiento de la Constitución a la situación carcelaria del país.

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

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

Aquí reitero las afirmaciones que realicé a través del análisis de los argumentos adoptados por la mayoría en la sentencia C-387 de 2015[18] y que fueron acogidos en esta providencia.

6. Frente al primer argumento, que afirma que la Constitución no hizo distinciones entre los ciudadanos para efectos de determinar la facultad de interponer la acción pública de inconstitucionalidad, es necesario considerar el concepto de la acción -como forma de activar el control judicial de constitucionalidad- y la interpretación sistemática de la Carta Política para entender la noción de ciudadanía que faculta a los sujetos a interponer la acción pública.

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

de los ciudadanos que no puedan ejercerla de manera temporal, como resultado, por ejemplo, de la interdicción de derechos políticos impuesta como pena principal o accesoria.

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

9. Ahora bien, la ciudadanía no puede ser confundida con la nacionalidad (art 96 CP). La ciudadanía, tal y como lo reconocen la filosofía política, el Derecho Internacional, la Constitución y la Ley, suele ser un atributo fundamental para el ejercicio de los derechos políticos, en la medida en que precisamente es ella, la que da cuenta de que una persona forma parte de una comunidad política. Por esa razón, la ciudadanía puede ser sometida a requisitos y limitaciones, generales o específicos, como por ejemplo a condiciones de edad para sufragar o de pertenencia a un determinado país, lo que ofrecería limitaciones para la toma de ciertas decisiones democráticas, por ejemplo, a los extranjeros. Por lo tanto, no se trata de un conjunto de potestades ilimitado o en cabeza de todos los sujetos que se encuentran en el territorio de un Estado.

De hecho, la propia Constitución ha determinado que la ciudadanía es un atributo que puede ser suspendido temporalmente en virtud de decisión judicial (art. 98 CP). Efectivamente, quienes han sido condenados penalmente, resultan generalmente sometidos a penas accesorias de interdicción de sus derechos políticos aquí y en otros países del mundo, tradicionalmente durante el tiempo de cumplimiento de la pena. Desde

una perspectiva ligada, en general, a la teoría política, se considera que estas medidas tienen un sentido porque sus destinatarios son personas que al cometer delitos graves desconocieron las reglas democráticas de su comunidad y, bajo ese supuesto, sólo pueden formar parte del juego democrático nuevamente, una vez hayan cumplido con las sanciones correspondientes.

De acuerdo con esta perspectiva, el concepto de ciudadanía y su relación con el principio democrático hacen que la interdicción de derechos políticos sea admisible y genere que el ejercicio de uno de ellos -la posibilidad de demandar en acción pública de inconstitucionalidad una norma- pueda ser restringido temporalmente, sin que ello sea antidemocrático o violatorio de la potestad de ser ciudadano. Por el contrario, se trata de la aplicación de una regla que establece una sanción limitada ante la conducta de un sujeto que ha roto las reglas del sistema democrático.

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

11. La jurisprudencia constitucional hasta los autos 241 y 242 de 2015[19] había sostenido que, quienes estén condenados, por sentencia en firme, a sanciones principales o accesorias que incluyan la interdicción de derechos civiles u políticos carecen de legitimación para interponer acciones públicas de inconstitucionalidad. Esa tesis se ha fundado, en que:

- (i) Toda pena de prisión lleva como accesoria una de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas, en virtud de la ley penal.
- (ii) El derecho a instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad tiene la connotación de un derecho político, susceptible de ejercerse únicamente por quienes hayan alcanzado la ciudadanía y además estén en el ejercicio de ella.
- (iv) La sola titularidad de estos derechos por parte de los nacionales no los habilita automáticamente para ejercerlos, ya que necesitan también adquirir la ciudadanía, lo cual se logra con la mayoría de edad y se acredita con la cédula.
- (v) La ciudadanía puede perderse de hecho cuando se renuncia a la nacionalidad, y “su ejercicio [el de la ciudadanía] se puede suspender en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley” (CP art 98).
- (vi) La ley ha dispuesto que en ciertos casos se puede suspender el ejercicio de la ciudadanía, a causa de la comisión de un delito sancionado con pena (principal o accesoria) de inhabilitación para ejercer derechos y funciones públicas,
- (vii) Si se suspende el ejercicio de la ciudadanía en virtud de una sentencia penal que imponga una condena de esa naturaleza, se pierde también legitimidad para interponer acciones públicas, por tratarse de un derecho político.

12. Considero que en este momento no existe un cambio constitucional que favorezca una interpretación de los derechos políticos de los colombianos o del concepto de ciudadanía, diferente a la sostenida hasta ahora por la Corte. Los autos 241 y 242 de 2015[20] y la jurisprudencia posterior que los reitera insisten en que la Carta no hizo ninguna distinción en el artículo 40 entre ciudadanos, pero llegar a esa conclusión supone desconocer la Carta y su análisis sistemático, porque el artículo 95 regula los deberes del ciudadano y el 98 preceptúa los límites a la ciudadanía. Una lectura parcial de la Carta, sí supondría que la interpretación de la Corte -que se ha revaluado en esta ocasión- estaba errada. Con todo, ahora se fundamenta el cambio jurisprudencial en un solo artículo constitucional, pero antes se hizo una interpretación sistemática cuyas fuentes no han sido reformadas.

13. Con respecto al segundo argumento, es discutible la existencia de un derecho

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

14. Además de la posición reduccionista que asimila la justicia constitucional a la acción pública de inconstitucionalidad y de la falta de consideración de la posibilidad de establecer límites y requisitos razonables a la misma, la posición vigente de la Corte genera una diferenciación indebida en el ejercicio de los derechos políticos al señalar que existe un derecho fundamental a acceder a la justicia constitucional, a través de la acción de inconstitucionalidad, para dejar de lado una reflexión paralela sobre los demás derechos políticos de los reclusos, como son el derechos a elegir, a ser elegido y de acceso a cargos públicos. Si el tema de la suspensión de la ciudadanía no es relevante para analizar la legitimación para presentar una acción de inconstitucionalidad ¿Por qué habría de serlo para elegir y ser elegido? ¿Acaso no hay también un derecho fundamental a elegir y ser elegido? ¿Por qué ese derecho sí puede ser limitado? La argumentación del cambio de jurisprudencia no responde a ninguna de estas preguntas.

En consecuencia, la postura es incoherente. En efecto, no hace un análisis que considere la premisa fundamental según la cual los derechos fundamentales no son absolutos y tienen límites. Por tanto, no considera el análisis acerca de la racionalidad de esas restricciones, elemento fundamental para elaborar y aplicar una teoría que pretende cambiar la comprensión de un derecho. Una lectura sistemática de la Carta desde criterios de

razonabilidad constitucional justifica que quienes se encuentren inhabilitados para ejercer derechos y funciones públicas, no puedan votar, no puedan ser elegidos y tampoco puedan imponer acciones de inconstitucionalidad. En efecto, se trata de sujetos que tienen restringido, en general, el ejercicio de sus derechos políticos, sin que ello afecte un supuesto derecho de acceso a la justicia constitucional, pues existen otras acciones que pueden proteger de mejor manera sus derechos fundamentales, por ejemplo la acción de tutela.

15. Si bien es interesante que la mayoría aluda a un supuesto derecho fundamental de acceso a la justicia constitucional y, con base en ello concluya que no puede haber restricciones de orden legal, como la penal, para presentar la acción de inconstitucionalidad, se trata de una teoría que desconoce la literalidad de la Carta y otros argumentos constitucionales relevantes, por eso se trata de una tesis de la que se pueden derivar consecuencias absurdas. En efecto, el artículo 98 de la Carta, autoriza suspender la ciudadanía por decisión judicial, con base en la ley. La posición mayoritaria de esta Corporación supone que de ninguna forma podría limitarse, en virtud de la ley, el acceso a la acción de inconstitucionalidad porque habría un derecho fundamental a poder presentar esas acciones en defensa objetiva de la Constitución. Si eso es así, los menores de edad podrían interponer la acción de inconstitucionalidad también, sin restricciones, porque el mismo argumento opera para ellos y un derecho fundamental es un derecho exigible por cualquier persona sin importar su edad, porque es un atributo intrínseco.

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

16. Si el argumento mayoritario se refiere al eventual impacto positivo de la acción pública de inconstitucionalidad en los derechos de los sujetos condenados penalmente, el análisis de la naturaleza de la acción no parece soportar una conclusión como la vigente, que considera que la acción puede mejorar las condiciones de esta población que, como ha

reconocido esta Corte en sede de tutela, afronta un estado de cosas inconstitucional desde hace varios años. Si la acción protectora de derechos por antonomasia, la tutela, no ha logrado superar la situación ¿por qué habría de hacerlo una acción que no fue diseñada para defender derechos subjetivos? Al parecer, el fundamento de la posición pretende darle a la acción un alcance que no tiene, dados sus límites como instrumento de defensa objetiva del ordenamiento.

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

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

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

Por otra parte, la eventual mayor cantidad de legitimados para demandar no mejora la

institución de la acción pública ni cualifica el control abstracto. Esta conclusión también se apoya en el Derecho Comparado, pues muchos países con altas exigencias para presentar la acción, también tienen mayores índices de protección de derechos pues ésta depende de múltiples factores y no parece particularmente relevante el carácter público de la acción de inconstitucionalidad. Con base en la evidencia, mal podríamos concluir, sin mayor análisis, que dar legitimación a más personas para que interpongan la acción generará un cambio real en materia de protección de derechos. Es poco acertado confiar a la acción pública de inconstitucionalidad la transformación estructural frente a carencia de derechos.

19. Con respecto al cuarto argumento mayoritario, que defiende la tesis de la necesidad de actualizar el entendimiento de la Constitución debido a la situación carcelaria del país, creo que se trata de una tesis que parte de una premisa errada. En efecto, no es cierto que si se restringe -para el caso de los condenados- el derecho de acceso a la acción de inconstitucionalidad, se limita “la efectividad de todos los demás derechos y libertades e incluso la vigencia del Estado Constitucional”[21]. Esta afirmación confunde la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad con la acción de tutela, tal como lo expliqué previamente. En efecto, las personas privadas de la libertad son titulares de derechos fundamentales y no están excluidas de la protección del Estado. Las deficiencias de las instituciones en materia carcelaria no implican que las personas condenadas carezcan de derechos fundamentales y que la única acción pertinente para su defensa sea la acción de inconstitucionalidad. De hecho, puede ser la acción menos adecuada para la protección y salvaguarda celera de los derechos fundamentales de la población carcelaria condenada, si se tiene en cuenta su naturaleza y finalidad.

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

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

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

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA C-223/16

VISITA A PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS POR MENORES DE EDAD EN PRIMER GRADO DE CONSANGUINIDAD O PRIMERO CIVIL-Reitera aclaración de voto de la sentencia C-026 de 2016 (Aclaración de voto)/LEGITIMACION DE PERSONAS CONDENADAS PARA INTERPONER ACCIONES PUBLICAS DE INCONSTITUCIONALIDAD-Reitera aclaración de voto de la sentencia C-026 de 2016 (Aclaración de voto)

DERECHOS DE LA NIÑEZ-Prevalencia sobre los demás por su condición de sujetos de especial protección (Aclaración de voto)

SUJETOS CONDENADOS PENALMENTE-Medidas principales o accesorias de interdicción de derechos civiles y políticos deben cumplirse a cabalidad (Aclaración de voto)

LEGITIMACION DE PERSONAS CONDENADAS PARA INTERPONER ACCIONES PUBLICAS DE INCONSTITUCIONALIDAD-Ejercicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia (Aclaración de voto)

Referencia: expediente D-10914 y D-10932.

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

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Comparto la decisión que la Corte adoptó en la sentencia C-026 de 2016, en la que la Sala Declaró exequible la expresión “primer grado de consanguinidad o primero civil”, contenida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, “Por la cual se expide el código penitenciario y carcelario”, adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, “Por medio del cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones”, “bajo el entendido que las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de

la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia. En los casos en que la privación de la libertad obedezca a delitos cuya víctima haya sido un menor de edad, la visita de niños, niñas y adolescentes debe ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita y exhortó al Gobierno Nacional para que, a través del Ministerio de Justicia, proceda a expedir la respectiva reglamentación en la que se incluya las visitas a las personas privadas de la libertad, de los niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con el interno, definiendo también las condiciones en que deben llevarse a cabo tales visitas de conformidad con lo dispuesto en apartado 10 de las consideraciones del presente fallo”.

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

Atendiendo la realidad carcelaria del país es notorio el estado de cosas inconstitucional, por la que atraviesa. Es así como esta problemática ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación [[22]] en los cuales se ha vislumbrado que la violencia, la corrupción, el hacinamiento y el mercado ilegal subsisten en el sistema carcelario. Factores que inciden en el desequilibrio para la salud mental del recluso y que bien podrían transmitirse a las personas que regularmente los visitan y aún más si son menores de edad aquellos que vienen a compartir o convivir en ese ambiente. Por lo que es claro que se requiere, para que estos ingresen de visita a una cárcel, que previamente un psicólogo evalúe su estado psíquico, de manera que, con ello, se asegure el cumplimiento del deber de protección a los niños que tienen el Estado, la sociedad y la familia.

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

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

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

ejercer el sufragio, participar en consultas populares, asumir ciertos destinos públicos o constituir partidos, movimientos o agrupaciones políticas, etc.

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

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

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

De manera que si las acciones judiciales con fines personales o particulares no están catalogadas como expresiones de los derechos políticos al estar excluidas de las regulaciones del inciso 6 del artículo 42 constitucional en la medida en que no son públicas o, mejor, acentuadamente, no tienden a satisfacer intereses públicos y, por ende, [son]

consideradas posibilidades inherentes al ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia, a las que, aun los condenados a prisión pueden acudir, no veo la razón por la cual en esta oportunidad, atendiendo la situación y la motivación del demandante, ya expresada, no pueda enjuiciar parcialmente una ley, en el aspecto que lo compromete, a objeto de lograr, básicamente un beneficio enteramente personal.

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

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

Resulta empero que esa distinción en el actual estadio de la realidad que caracteriza el control constitucional en las modalidades indicadas resulta problemática por cuando, como hemos visto, en no pocos asuntos, el interés que persigue el demandante con su accionar no siempre se identifica con el que sería el propio de la acción que ejercita, lo cual dificulta

establecer si la finalidad que su proceder judicial persigue es marcadamente político o si nada tiene que ver con ese tema sino, propiamente, con los derechos subjetivos que le asisten, como al parecer sucede en este caso.

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

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

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

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

Así, quienes demandaron en acción pública de inconstitucionalidad no siempre le plantearon a la Corte cuestiones teóricas, ni solo dedujeron pretensiones en exclusivo interés de la legalidad constitucional, al punto que la Corte debió admitir que si la solicitud

de inconstitucionalidad había sido bien formulada, debía impartírsele trámite a la respectiva acción y adelantar el juicio de inconstitucionalidad requerido, con independencia de que lo que llegara a resolverse reportara, como efecto colateral, la protección de algún interés personal del demandante o le hiciera acreedor de un beneficio derivado de la expulsión del ordenamiento jurídico del precepto legal demandado.

Poco a poco el cumplimiento del control judicial de la constitucionalidad de las leyes fue penetrando en asuntos concretos, mas no a causa de un propósito de extensión de sus poderes que hubiera abrigado la Corte Constitucional, sino como resultado del carácter normativo de una constitución que, además de incorporar una extensa carga de derechos, asimiló el llamado “proceso de especificación”[23], que hizo titular de derechos al ser humano situado en condiciones específicas de su existencia, ya en razón de su pertenencia a determinados grupos, de las condiciones inherentes a las sucesivas etapas de la vida o a la vulnerabilidad impuesta por variados factores, para citar solo algunos casos.

A la mayor concreción de algunas cláusulas constitucionales se sumó la proveniente de ciertas leyes reguladoras de asuntos atinentes al interés especial de las gentes, pues a despecho de los tradicionales rasgos de generalidad e impersonalidad que siempre caracterizaron a las leyes, el legislador tuvo que abordar situaciones cercanas al diario acontecer, para desarrollar la constitución, dar respuesta a algún interés importante, proteger a minorías discriminadas u ofrecer instrumentos destinados a sortear alguna crisis desatada por un desastre natural, de manera que en muchas ocasiones la ley demandada introdujo en el control de constitucionalidad aspectos concretos de la realidad.

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

Lo abstracto del control de constitucionalidad de la ley queda reducido entonces a la

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

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

El panorama que hasta aquí brevemente se ha trazado incide de manera decisiva sobre la tesis que, conforme ha sido advertido, inicialmente predicó la separación de las competencias atribuidas a la Corte Constitucional para ejercer el control normativo, de la atribución para adelantar la revisión de las decisiones judiciales relativas a la acción de tutela de los derechos constitucionales fundamentales, pues lejos de haberse consolidado la mentada dicotomía, el vigor de la acción pública de inconstitucionalidad surge también de su interacción con el cumplimiento de la función revisora sobre las decisiones referentes a los derechos fundamentales.

Tal interrelación es posible gracias a que los derechos fundamentales no constituyen materia exclusiva de la acción de tutela y por completo extraña al control de constitucionalidad de tipo normativo, dado que, por ejemplo, a la Corte le corresponde el examen previo de las leyes estatutarias de derechos fundamentales, o debido a que derechos como el debido proceso pueden ser afectados por los códigos que lo desarrollan o en razón de que la violación de la igualdad puede estar configurada en el contenido de la ley.

Así pues, la acción pública de inconstitucionalidad y la revisión de las decisiones referentes

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

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

Así las cosas, a mi juicio, en concordancia con los mandatos constitucionales y criterios jurisprudenciales que informan que tratándose de la niñez, sus derechos prevalecen sobre los demás, teniendo en cuenta su condición de sujetos de especial protección, en favor de quienes, además, existe la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos con preeminencia, resulta menester que el juez competente exija y utilice como soporte para expedir las autorizaciones del ingreso de menores en los centros de reclusión, la evaluación médica (psicológica y conductual) en la que conste la existencia real de un vínculo afectivo entre estos y el recluso, al igual de un estudio que valore el grado de afectación psicológica que le pudiera llegar a generar el evento al menor, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Para finalizar, respecto al segundo tema, alusivo a los sujetos condenados penalmente, destinatarios de medidas principales o accesorias de interdicción de derechos civiles y políticos, en mi criterio, las mismas deben cumplirse a cabalidad, por ser ese el rasgo característico de las sanciones impuestas por el poder coercitivo del Estado, orientadas a la preservación del orden social y público.

Luego, en los casos que ocupó el análisis de la Sala, con el objeto de evitar confusiones

entre las limitaciones al ejercicio de los derechos políticos de los reclusos, y el ejercicio de las acciones públicas en defensa de la constitución de la ley y/o en pos de beneficios personales, estimo más apropiado, sentar el replanteamiento jurisprudencial bajo el exclusivo enfoque de que el nuevo paradigma se desarrolla incurso en la dinámica de fortalecimiento del ejercicio del derecho constitucional de acceso a la administración de justicia.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] Diario oficial No. 49.039 de 20 de enero de 2014.

[2] Gustavo Guarnizo Guarnizo señala que se encuentra recluido en el centro penitenciario de Girardot.

[3] Departamento de Psicología.

[4] Intervenciones de los Departamentos de Psicología y Sociología.

[5] Departamento de Psicología.

[6] Departamento de Sociología.

[7] Alude a la prevalencia de los derechos de los menores y a la dignidad humana de las personas privadas de la libertad. Manifiesta que el Congreso adoptó una medida que al mismo tiempo que permite al interno reunirse con su núcleo familiar más cercano, también garantiza las condiciones de seguridad y protección que requieren los menores que excepcionalmente ingresan al centro carcelario. Además, considera que es una medida pro tempore (hasta la mayoría de edad), idónea (garantiza marco de protección de los menores), necesaria (a través de lo dispuesto se garantiza el interés superior del menor) y que responde a la problemática por la cual atraviesa el sistema penitenciario y carcelario.

[8] Salvamentos de voto de los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Gloria

Stella Ortiz Delgado.

[9] Salvamento de voto de los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos. Aclaración de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

[10] En la demanda (D-10875) el accionante señaló como normas constitucionales vulneradas los artículos 11, 12 13, 44, 93 y 94 de la Constitución, así como en los artículos 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2, 10.3, 23.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 4º, 5.2, 17.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte al examinar el problema jurídico también tuvo en cuenta los artículos 5 y 42 de la Constitución (la familia y su ámbito de protección, págs. 22 y ss).

[11] MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[12] M.P. María Victoria Calle Correa.

[13] M.P. María Victoria Calle Correa.

[14] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[15] M.P. María Victoria Calle Correa.

[16] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[18] Estos argumentos también fueron acogidos en la Sentencia C-026 de 2016 en la que también aclaré mi voto en este mismo sentido y se transcriben textualmente de la Aclaración de Voto presentada en la sentencia C-387 de 2015.

[19] No participé en la discusión y aprobación de estos autos por encontrarme en comisión de servicios. Como se advirtió esta posición ha sido reiterada en las sentencias C-387 de 2015 M.P. María Victoria Calle y C-026 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[20] M.P. María Victoria Calle Correa.

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

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

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