C-239-14

Sentencia C-239/14

(Bogotá D.C., abril 9 de 2014)

EJERCICIO ARBITRARIO DE CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD-Inexistencia de Omisión Legislativa Relativa por no estar en el mismo plano de igualdad

Al analizar el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 A al Código Penal, a la luz de los presupuestos del juicio integrado de igualdad y del derecho fundamental del niño a tener una familia y no ser separado de ella, se pudo constatar que sus supuestos de hecho tienen diferencias relevantes que no los hacen equiparables, y que la criminalización de la conducta del padre que tiene la custodia y cuidado no responde al principio de necesidad, que es uno de los límites al amplio margen de configuración del legislador en materia penal.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Alcance

Este tribunal ha precisado el alcance del margen de configuración de los tipos penales por parte del legislador y sus límites. Al hacerlo, ha puesto de presente que tipificar como delito una conducta implica una valoración social sobre los bienes jurídicos protegidos, sobre la gravedad de la lesión inferida y sobre la pena que debe aplicarse. No se puede asumir que todo bien jurídico debe ser protegido necesariamente por medio de normas penales, pues la criminalización de la conducta es la última ratio.

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Jurisprudencia constitucional

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENAL-Límites

El antedicho margen de configuración debe respetar, con todo, unos límites. Estos límites están dados por los valores, principios y derechos reconocidos por la Constitución. En ejercicio de su discrecionalidad, el legislador debe respetar estos límites y obrar de manera conforme a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad y de razonabilidad, proporcionalidad, como pasa a verse. El deber

de respetar los derechos constitucionales y, en especial, su núcleo esencial, implica tener en cuenta que los tipos penales son mecanismos de protección de estos derechos y, al mismo tiempo, son restricciones severas al ejercicio de otros derechos. En ocasiones "el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional". Así, pues, al redactar los tipos penales, el Legislador debe especialmente tener en cuenta el contenido material de los derechos constitucionales que con ellos se busca proteger y los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad. El deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio, de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves. El deber de obrar conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que el derecho penal esta instituido para proteger valores esenciales de la sociedad, determinados conforme a la política criminal del Estado. El deber de obrar conforme al principio de estricta legalidad es relevante para la creación del tipo penal, que es una competencia exclusiva del legislador y que obedece a una reserva de ley en sentido material; para la prohibición de la analogía: "nullum crimen, nulla poena sine lege stricta"; para la prohibición de emplear el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena "nullum crimen, nulla poena sine lege scripta"; para la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley: "nullum crimen, nulla poena sine lege praevia", salvo que se trate de una norma más favorable, en cuyo caso debe aplicarse en razón del principio de favorabilidad; para la prohibición de establecer tipos penales o penas indeterminados: "nullum crimen, nulla poena sine lege certa"; para el principio de lesividad del acto: "nulla lex poenalis sine iniuria". El deber de obrar conforme al principio de culpabilidad comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente; la configuración del elemento subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad. El deber de obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad es relevante tanto para el tipo penal como para la pena. En caso de haber una diferencia de trato, que pueda ser prima facie contraria al principio de igualdad, es menester aplicar un juicio estricto de

proporcionalidad al tipo penal y a la pena, en el cual se analice, entre otros elementos de juicio, la idoneidad de del tipo penal.

IGUALDAD-Triple papel en el ordenamiento constitucional

La igualdad tiene un tripe rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles.

IGUALDAD-Carece de contenido material específico

La igualdad aparece en varios textos constitucionales, como en el preámbulo, en los artículos 13, 42, 53, 70, 75 y 209. Esta múltiple presencia, como lo ha puesto de presente este tribunal, indica que la igualdad carece de un contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional.

IGUALDAD-Instrumentos internacionales

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Etapas

El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual

entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución.

JUICIO INTEGRADO DE IGUALDAD-Alcance

TEST DE IGUALDAD-Grados de intensidad

La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la "presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas". El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en los cuales se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en los cuales está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, o en los cuales, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado necesario que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se cree un privilegio. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la

medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

NIÑOS Y NIÑAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección y sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás

En varios artículos de la Constitución y, en especial, en el artículo 44 de la misma se reconoce al niño como titular de los derechos fundamentales (i) a la vida, (ii) a la integridad física, (iii) a la salud, (iv) a la seguridad social, (v) a la alimentación equilibrada, (vi) a un nombre, (vii) a la nacionalidad, (viii) a tener una familia y a no ser separado de ella, (ix) a el cuidado y el amor, (x) a la educación, (xi) a la cultura, (xii) a la recreación y (xiii) a la libre expresión de su opinión. Esta enumeración no es taxativa, pues el niño, en tanto ser humano, goza también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia”. Los niños deben ser protegidos, según el referido artículo 44 contra “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Los derechos del niño, según se prevé en el último inciso del artículo 44 de la Constitución, “prevalecen sobre los derechos de los demás”.

MENORES COMO SUJETOS DE DERECHOS-Instrumentos internacionales

MENORES COMO SUJETOS DE DERECHOS-Jurisprudencia constitucional

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Jurisprudencia constitucional

FAMILIA-Núcleo fundamental de la sociedad

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Protección internacional

DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA-Separación excepcional del niño de su familia

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Cuando se puede presentar la intervención del Estado/DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-No es admisible alegar la intervención estatal porque no son óptimas las condiciones económicas o educativas de sus progenitores

Este tribunal destacó que la familia es muy importante para el desarrollo integral y armónico del niño y que la relación entre sus miembros contribuye a crear un ambiente de amor y de cuidado, que es indispensable para dicho desarrollo. De la circunstancia de que los padres se separen no se sigue que los vínculos familiares con los hijos terminen. Por lo tanto, la intervención del Estado para separar a un niño de su familia, está autorizada de manera marginal y subsidiaria y únicamente si se presentan razones suficientes que así lo ameriten. Ni los recursos económicos ni el nivel educativo de los padres son razones suficientes para la intervención del Estado, pues ello implicaría una sanción irrazonable a padres y a hijos y un trato discriminatorio. En la experiencia de este tribunal se ha identificado cuatro posibles razones que sí serían suficientes para que el Estado intervenga y separe al niño de su familia, como son: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia.

DERECHO DE LOS PADRES BIOLOGICOS A MANTENER EL VINCULO FAMILIAR CON SUS HIJOS E HIJAS-Sentido y alcance

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA-Excepción/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Prueba

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Jurisprudencia constitucional

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Desarrollo del principio del interés superior del menor

Los derechos del niño, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, este tribunal reconoce al niño como un sujeto de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección internacional

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

(1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado. La aplicación de estos criterios, en el caso bajo examen, se realizará cuando se analice el caso concreto.

TIPIFICACION DE EJERCICIO ARBITRARIO DE CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD-Proceso de formación

SECUESTRO Y EJERCICIO ARBITRARIO DE CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD-Diferenciación

PATRIA POTESTAD-Derechos a favor del interés superior del hijo menor

PROCESO DE CUSTODIA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO COLOMBIANO-Finalidad

CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Aspectos a tener en cuenta en decisión sobre custodia y cuidado personal del niño

DECISION SOBRE CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Debe fundarse siempre en el interés superior del niño

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL Y VISITAS-Diferencia

DERECHO DE GUARDA Y DERECHO DE VISITA-Diferencia conforme Convenio sobre Aspectos Civiles del secuestro internacional de niños

DERECHO PENAL-Criminalización de conductas como última ratio

REGIMEN DE VISITAS DE HIJO MENOR DE EDAD-Protección por medio de acción de tutela

Demanda de inconstitucionalidad: en contra del artículo 7 de la Ley 890 de 2004.

Referencia: Expediente D-9855.

Actor: Vanessa Suelt Cock y otros.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Texto normativo demandado.

Los ciudadanos Vanessa Suelt Cook, Luis Mario Hernández Vargas y Javier Darío Coronado Díaz, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40.6, 241 y 242 de la Constitución Política, presentaron demanda solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 A al Código Penal, cuyo texto es el siguiente:

LEY 890 DE 2004

(julio 7)

Diario Oficial No. 45.602, de 7 de julio de 2004

PODER PÚBLICO – RAMA LEGISLATIVA

Por la cual se modifica y adiciona el Código Penal

DECRETA:

(…)

ARTÍCULO 7o. El Código Penal tendrá un nuevo artículo 230 A del siguiente tenor:

“Artículo 230A. Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad. El padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de uno (1) a tres (3) años y en multa de uno (1) a dieciséis (16) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

2. Demanda: pretensión y cargo formulado.

2.1. Pretensión.

Se solicita a este tribunal que declare la inexequibilidad del artículo 7 de la Ley 890 de 2004, por considerarlo violatorio de los artículos 13 y 44 de la Constitución.

2.2. Cargo.

2.2.1. La demanda plantea un cargo de omisión legislativa relativa, en tanto la protección contenida en la norma penal es deficiente, ya que no sanciona “al padre que arrebata, sustrae, retiene u oculta a uno de sus hijos menores, para afectar al padre que tiene el derecho de visitas, no el de custodia y cuidado personal)”.

2.2.2. La diferencia de trato que la norma penal da al padre que tiene la custodia del menor y al padre que tiene el derecho de visitas, consistente en penalizar la conducta de este último pero no del primero, visible en la expresión: “con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal”, no está debidamente justificada. Si bien la custodia es ejercida por uno de los padres, el cuidado personal es ejercido por ambos, así sea de manera independiente, como ocurre con el derecho de visitas. Para sustentar esta afirmación se trae a cuento las Sentencias T-523 de 1992 y T-500 de 1993. La diferencia de trato en comento, además de afectar al padre relegado, afecta al hijo en la medida en que vulnera su derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Para sustentar este aserto, se cita las Sentencias T-500 de 1993, T-041 de 1996 y T-189 de 2003.

2.2.3. En un capítulo especial de la demanda, se alude a los presupuestos de la omisión legislativa relativa, a partir de las Sentencias C-185 de 2002, C-454 de 2006, C-209 y C-516 de 2007. Se argumenta: (i) que existe una norma: la demandada, sobre la cual se predica

de manera necesaria el cargo, pues gozan de impunidad las conductas que, a pesar de enmarcarse en los verbos rectores del tipo penal, no se realicen con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal; (ii) que esta norma excluye de sus consecuencias casos que, por ser asimilables, deben estar contenidas en ella, como ocurre con la conducta punible cometida por el padre que goza de impunidad; (iii) que esta exclusión carece de razón suficiente, pues la circunstancia de que un padre tenga la custodia no implica que el otro padre deje de serlo, o que su relación y derechos con sus hijos sea inferior o menos importante que la de aquél; (iv) que esta falta de justificación y objetividad genera para los casos excluidos una desigualdad negativa, pues al padre relegado y a su hijo se los priva de protección penal, en caso de que el otro padre con su conducta afecte el ejercicio del derecho de visitas, al arrebatar, sustraer, retener u ocultar al menor, lo cual iría además contra los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación integral de las víctimas de esta conducta; (v) que la omisión sea el resultado de incumplir un deber específico impuesto por la Constitución, pues además de lo previsto en los artículos 13, 42 y 44 de la Carta, se debe tener en cuenta el artículo 9 de la Convención sobre derechos del niño (aprobada por la Ley 12 de 1991). Por último, señala que en un caso semejante, al que califica de "paradigmático": Sentencia C-029 de 2009, este tribunal condicionó la exequibilidad de los artículos 229, 236 y 454 A del Código Penal, "a que la norma también incluyera a los integrantes de parejas del mismo sexo".

3. Intervenciones.

3.1. Intervención del Ministerio de Justicia y del Derecho: exequibilidad.

Destaca que, en desarrollo de los artículos 42 y 44 de la Constitución, uno de los principales instrumentos para garantizar el desarrollo armónico e integral de los niños es la patria potestad. A partir de la Sentencia T-474 de 1996, recuerda que la patria potestad no se otorga a los padres para su provecho personal, sino en pro del interés superior del niño. Conforme a la Sentencia C-145 de 2010 recuerda que la patria potestad, al no ser un derecho de los padres, sino una institución de orden público, obligatoria, irrenunciable, personal, intransferible e indisponible, si los padres no ejercen su tarea, o si la ejercen de manera inadecuada, pueden ser objeto de sanciones. En este contexto, sobre la base de la Sentencia C-997 de 2004, distingue los deberes que se siguen del ejercicio de la patria potestad y los deberes paterno filiales, para advertir que la circunstancia de que la primera

se pierda o se suspenda, no afecta a los segundos, dentro de los cuales se enmarca el régimen de visitas, en tanto y en cuanto éste guarda relación con los deberes de crianza, cuidado personal y educación. Por ello, concluye: “es importante resaltar que los infractores no se pueden amparar bajo la premisa de tener o no la patria potestad sobre un menor ya que como se evidenció anteriormente, los dos padres tengan o no la patria potestad, cuentan con los mismos deberes y obligaciones frente al menor, incluso si solo se le permite a uno de ellos las visitas, por cuanto las sanciones no solo se limitan a uno de ellos en este caso quien tiene o no la patria potestad del menor”.

3.2. Intervención del Ministerio de Relaciones Exteriores: exequibilidad.

La demanda pasa por alto tres circunstancias relevantes: la primera es que se trata de dos situaciones diferentes, que no son equiparables, pues la norma busca proteger el derecho a la custodia y cuidado del menor, y en la demanda se cuestiona la protección del derecho a las visitas de uno de los padres; esta equiparación no se puede hacer a partir de los padres, sino que debe juzgarse sobre la base de la primacía de los derechos del menor; y, en tal contexto, no resulta plausible arrogar a la jurisdicción penal, siendo el derecho penal la última ratio, competencias propias del juez de familia.

3.3. Intervención del Ministerio de Salud y Protección Social: exequibilidad condicionada.

Comienza por destacar, al traer a cuento la Sentencia C-689 de 2012, que el asunto debe estudiarse a partir de los derechos prevalentes de los niños en el contexto que corresponde a la custodia y cuidado personal y al régimen de visitas. Al hacer el estudio correspondiente, encuentra que la custodia y el cuidado personal implican, como se advierte en la Sentencia T-500 de 1993, la crianza, la educación, la orientación, la conducción y la disciplina, y que el régimen de visitas tiene como propósito mantener el equilibrio en las relaciones de los hijos con sus padres separados, de cara a su desarrollo emocional. Al identificar entre ambos términos de la comparación un elemento común, como es el del cuidado que el padre debe dar al hijo, pues “Si bien el padre frente al cual se ha negado la custodia de su hijo no convive con él permanentemente, ello no le impide ejercer la calidad de padre que le ha otorgado la ley, ni le ubica en un lugar inferior respecto al otro”. Por lo tanto, solicita que se declare exequible la norma demandada, “en el sentido de aplicar la sanción allí prevista al padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte

a uno de sus hijos menores sobre quienes ejerce la patria potestad con el fin de privar al otro padre del derecho de cuidado personal, independientemente de si ostenta o no su custodia".

3.4. Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones: exequibilidad.

Considera que no se configuran los presupuestos de la omisión legislativa relativa, pues "el legislador no ha incumplido un deber de acción señalado expresamente por el constituyente" y, además, "la situación jurídica en la que se encuentra el padre que tiene la custodia del menor no puede equipararse a quien ha sido despojado de ésta y solo conserva la patria potestad". Por último, destaca que siendo el derecho penal la última ratio del derecho sancionatorio, y dado que existen otros mecanismos que protegen los derechos e intereses del padre que solo ejerce la patria potestad frente al padre que tiene la custodia, no sería dable hablar de una omisión legislativa relativa.

3.5. Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: exequibilidad.

Afirma que separar a los niños de su familia implica vulnerar sus derechos fundamentales, conforme al artículo 44 de la Constitución, a la Convención sobre los derechos del Niño y al Código de la infancia y adolescencia. Los niños tienen el derecho a la custodia y al cuidado personal y sus padres tienen la obligación correlativa. En este contexto, considera que el tipo penal previsto en la norma demandada "no está supeditando la comisión del hecho a una decisión judicial o administrativa adoptada previamente, sino que se refiere de forma general a los padres que ejerciendo la patria potestad privan al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, dicho derecho, como se advirtió con anterioridad, se entiende extendido al cuidado que ejercen ambos padres en desarrollo de la patria potestad y a la responsabilidad parental que les concierne", por lo que la distinción que se hace en la demanda entre unos y otros no es sostenible.

3.6. Intervención del Departamento Nacional de Planeación: exequibilidad.

3.7. Intervención de la Pontificia Universidad Javeriana: inexequibilidad.

Señala que la norma demandada discrimina de manera injustificada al padre que no tiene la custodia del menor. Ambos padres tienen el deber de cuidado personal y de educación de

su hijo, sea que tengan o no la custodia; sin embargo, la ley penal solo protege la relación entre el padre que tiene la custodia y el hijo, al tiempo que omite y deja sin esta protección la relación entre el padre que no tiene la custodia y el hijo. Además de vulnerar el derecho a la igualdad, la norma demandada vulnera el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, previsto en el artículo 44 de la Constitución.

3.8. Intervención de los ciudadanos Carlos Arturo Martínez, diana Velandia, Cristian Morales Pita, Aura Consuelo Torres y Lina Paola Romero, estudiantes de la Universidad Católica de Colombia: inexequibilidad.

Indican que la norma demandada privilegia al padre que tiene la custodia del menor sobre el padre que tiene el derecho de visitas, lo que resulta incomprensible de cara a los derechos prevalentes del menor a tener una familia, a no ser separado de ella y a recibir el cuidado y amor de ambos padres.

3.9. Intervención de la Universidad Sergio Arboleda: exequibilidad.

Luego de advertir que no existe cosa juzgada constitucional en esta materia, pues en la Sentencia C-193 de 2005 se estudió la posible existencia de vicios en el proceso de formación de la Ley 890 de 2004, analiza la norma demandada a partir del principio de lesividad, en tanto criterio polivalente de minimización de las prohibiciones, conforme lo plantea el profesor Luigi Ferrajoli en su obra Derecho y razón, teoría del garantismo penal. Este análisis conduce a sostener que la intervención penal debe limitarse al mínimo necesario. En este contexto, sobre la base de las Sentencias C-939 de 2002, C-014 y C-247 de 2004, advierte que, “en tratándose de declaratorias de exequibilidad condicionada, la Corte Constitucional ha afirmado que ésta solo será posible en materia de tipos penales, cuando la interpretación sea compatible con la Constitución Política, se derive directamente del tipo penal y no tenga como efecto aumentar el campo de punibilidad”. Al apreciar la norma demandada a la luz de estos parámetros, concluye que no se satisfacen y que, por tanto, la propuesta de los demandantes solo puede ser satisfecha por el legislador, en la medida en que es el legislador el “único capaz de definir cuáles conductas son consideradas punibles”.

4. Concepto del Procurador General de la Nación: exequibilidad.

4.1. En el Concepto 5659 el Ministerio Público solicita que se declare la exequibilidad de la norma demandada, porque existen “razones objetivas y razonables que permiten explicar la no penalización de la conducta del padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores de edad sobre quienes ejerce la patria potestad, con el propósito de privar al otro padre de las visitas”.

4.2. Para dar cuenta de estas razones comienza por analizar las visitas y la custodia como instrumentos para realizar el interés superior del menor, en el contexto de la Constitución Política. El derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella tiene como correlato la obligación, que en primer lugar es de sus padres, de proteger al niño y de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. La circunstancia de que los padres decidan separarse no implica que puedan sustraerse a esta obligación, sino que deben cumplirla ya sea por medio de la institución de la custodia o por medio de la institución de las visitas. Ambas instituciones buscan proteger el interés superior del menor y sus derechos y, al mismo tiempo, regular las obligaciones de los padres.

4.3. Al definirse la custodia en razón del bienestar del niño, “en los casos en los que a uno de los padres se le concede el derecho a visitar a su hijo menor de edad y no la custodia –sin desconocer necesariamente sus calidades personales y filiales para que continúe en contacto con el menor porque de lo contrario no se accedería a que visite al niño-, se puede pensar razonablemente que la decisión de asignar la custodia y el cuidado personal permanente al otro padre responde a que se garantiza de una mejor manera el interés superior del niño en tanto que, como se señaló, esa determinación debe obedecer primordialmente a los derechos y al bienestar del menor”. Por lo tanto, la satisfacción del interés superior del niño “tiene una más clara expresión en la custodia y cuidado personal, que en el régimen de visitas” y, en consecuencia, la afectación de la primera es más grave que la afectación de la segunda.

4.4. Desconocer el régimen de visitas afecta el interés superior del menor y es, por ende, una conducta reprochable. Sin embargo, de la circunstancia de que sea una conducta reprochable no se sigue de manera necesaria que deba ser sancionada penalmente, pues el derecho penal debe emplearse solo cuando sea estrictamente necesario, dado que se trata de la última ratio. Al examinar el proceso de formación de la norma demandada, se advierte

una disminución del rigor del derecho penal, pues con anterioridad se consideraba a esta conducta como secuestro.

4.5. Pese a que constata que no existe una omisión legislativa relativa, el Ministerio Público considera necesario señalar que “la ampliación de las conductas penales por medio de una sentencia judicial, podría resultar en una afectación desproporcionada del derecho al debido proceso, especialmente del principio de legalidad, dado que en esta oportunidad no hay razones que permitan sostener que la “presunta” omisión alegada por los demandantes supone un “grave daño social” que sólo puede ser remediado por la Corte Constitucional”.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte es competente para pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 A al Código Penal, atendiendo lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política.

2. Problema jurídico a resolver.

Corresponde establecer si el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 A al Código Penal, al prever una pena de uno a tres años de prisión y de uno a dieciséis salarios mínimos legales mensuales vigentes de multa, para el padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores sobre el que ejerce patria potestad, cuando obre con el propósito de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, y al no prever la misma pena cuando esta conducta la realice el padre con el propósito de privar al otro padre del derecho de visitas, ¿vulnera los derechos a la igualdad de trato de los padres y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, previstos en los artículos 13 y 44 de la Constitución?

3. Cargo: Vulneración del derecho a la igualdad y del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella (arts. 13 y 44 C.P.).

3.1. Concepto de inconstitucionalidad.

La demanda parte de la base de considerar que a los padres que ejercen la patria potestad se les debe dar el mismo trato por parte de la ley penal, cuando arrebaten, sustraigan, retengan u oculten a uno de sus hijos menores, ya sea que el sujeto pasivo del tipo penal sea el otro padre con derechos de patria potestad o sin ellos. Este deber de dar el mismo trato, que armoniza con el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, se desconoce al incluir como un elemento del tipo penal la circunstancia de que la conducta descrita en él se realice con el propósito de "privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal". Y se desconoce, porque deja sin protección penal y, por tanto, impune en materia penal, la conducta del padre que se ajuste a lo descrito en el tipo penal y que tenga como propósito privar al otro padre del derecho de visitas.

3.2. La configuración de tipos penales por el legislador y sus límites. Reiteración de jurisprudencia.

3.2.1. En numerosas oportunidades este tribunal[1] ha precisado el alcance del margen de configuración de los tipos penales por parte del legislador y sus límites. Al hacerlo, ha puesto de presente que tipificar como delito una conducta implica una valoración social sobre los bienes jurídicos protegidos, sobre la gravedad de la lesión inferida y sobre la pena que debe aplicarse. No se puede asumir que todo bien jurídico debe ser protegido necesariamente por medio de normas penales, pues la criminalización de la conducta es la última ratio.

3.2.2. Determinadas conductas, que afectan a bienes jurídicos especialmente valiosos, deben ser criminalizadas, como ocurre, por ejemplo, con las infracciones al derecho internacional humanitario, que se concretan en delitos como el genocidio, la tortura, el reclutamiento de menores, las ejecuciones extrajudiciales o las desapariciones forzadas[2]. Otras conductas, que afectan a bienes jurídicos considerados como menos valiosos o de menor significación, no deben ser criminalizadas, como puede ocurrir, por ejemplo, con la "prisión por deudas"[3]. Entre estos extremos hipotéticos, puede haber conductas que afecten bienes valiosos respecto de las cuales la Constitución y los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad no prevean ni el deber ni la prohibición de criminalizarlas. Respecto de estas conductas el legislador cuenta con un amplio margen de configuración para determinar los bienes jurídicos susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción y las modalidades y la cuantía de la pena[4].

3.2.3. El antedicho margen de configuración debe respetar, con todo, unos límites. Estos límites están dados por los valores, principios y derechos reconocidos por la Constitución[5]. En ejercicio de su discrecionalidad, el legislador debe respetar estos límites y obrar de manera conforme a los principios de necesidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos, estricta legalidad, de culpabilidad y de razonabilidad, proporcionalidad[6], como pasa a verse.

3.2.4. El deber de respetar los derechos constitucionales y, en especial, su núcleo esencial[7], implica tener en cuenta que los tipos penales son mecanismos de protección de estos derechos y, al mismo tiempo, son restricciones severas al ejercicio de otros derechos. En ocasiones "el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional" [8]. Así, pues, al redactar los tipos penales, el Legislador debe especialmente tener en cuenta el contenido material de los derechos constitucionales que con ellos se busca proteger y los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad[9].

3.2.5. El deber de obrar conforme al principio de necesidad de la intervención se concreta en asumir que el derecho penal tiene un carácter subsidiario, fragmentario y de última ratio[10], de tal suerte que para criminalizar una conducta se requiere que no existan otros medios de control menos gravosos (principio de mínima intervención), o cuando existiendo y aplicándose hayan fallado, siempre que se trate de proteger un bien jurídico de ataques graves. El deber de obrar conforme al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que el derecho penal esta instituido para proteger valores esenciales de la sociedad[11], determinados conforme a la política criminal del Estado.

3.2.6. El deber de obrar conforme al principio de estricta legalidad es relevante para la creación del tipo penal, que es una competencia exclusiva del legislador y que obedece a una reserva de ley en sentido material[12]; para la prohibición de la analogía: "nullum crimen, nulla poena sine lege stricta"; para la prohibición de emplear el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena "nullum crimen, nulla poena sine lege scripta"; para la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley: "nullum crimen, nulla poena sine lege praevia", salvo que se trate de una norma más favorable, en cuyo caso debe aplicarse en razón del principio de favorabilidad; para la prohibición de establecer tipos penales o penas indeterminados: "nullum crimen, nulla poena sine lege certa"; para

el principio de lesividad del acto: “nulla lex poenalis sine iniuria”[13].

3.2.7. El deber de obrar conforme al principio de culpabilidad comporta el derecho penal de acto, valga decir, castigar a la persona por lo que hace y no por lo que es, desea, piensa o siente[14]; la configuración del elemento subjetivo del delito, pues no hay acción sin voluntad, es decir, sólo se puede castigar una conducta intencional, que es la hecha con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer[15]; y la graduación de la pena de manera proporcional al grado de culpabilidad[16].

3.2.8. El deber de obrar conforme a los principios de proporcionalidad y razonabilidad es relevante tanto para el tipo penal como para la pena. En caso de haber una diferencia de trato, que pueda ser prima facie contraria al principio de igualdad, es menester aplicar un juicio estricto de proporcionalidad[17] al tipo penal y a la pena, en el cual se analice, entre otros elementos de juicio, la idoneidad de del tipo penal. Como lo sintetizó este tribunal en la Sentencia C-241 de 2012,

15. En suma, la configuración de los tipos penales, es un aspecto relevante del diseño de la política criminal y comporta una valoración ético-social en torno a los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas que merecen reproche penal y las penas. La Constitución reconoce un amplio margen de discrecionalidad al legislador en esta materia, potestad que no es ilimitada en tanto que en dicha tarea debe propender por la realización de los fines del Estado y por la eficacia de los derechos constitucionales. La Constitución opera como un mecanismo de control de límites de la competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos, lo cual comporta las garantías estricta legalidad; los tipos penales se conciben como mecanismos extremos de protección de bienes jurídicos; prohibición de tipificar conductas que desconozcan derechos fundamentales, no protejan bienes jurídicos, no presenten idoneidad para su protección; o que su penalización resulte desproporcionada o irrazonable.

3.3. La igualdad como valor, principio y derecho. Reiteración de jurisprudencia.

3.3.1. La igualdad tiene un tripe rol en el ordenamiento constitucional: el de valor, el de principio y el de derecho[18]. En tanto valor, la igualdad es una norma que establece fines, dirigidos a todas las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; en tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico y, por tanto, se

trata de una norma de mayor eficacia que debe ser aplicada de manera directa e inmediata por el legislador o por el juez[19]; en tanto derecho, la igualdad es un derecho subjetivo que “se concreta en deberes de abstención como la prohibición de la discriminación y en obligaciones de acción como la consagración de tratos favorables para los grupos que se encuentran en debilidad manifiesta. La correcta aplicación del derecho a la igualdad no sólo supone la igualdad de trato respecto de los privilegios, oportunidades y cargas entre los iguales, sino también el tratamiento desigual entre supuestos disímiles”[20].

3.3.1.1. La igualdad aparece en varios textos constitucionales, como en el preámbulo, en los artículos 13, 42, 53, 70, 75 y 209. Esta múltiple presencia, como lo ha puesto de presente este tribunal[21], indica que la igualdad “carece de un contenido material específico, es decir, a diferencia de otros principios constitucionales o derechos fundamentales, no protege ningún ámbito concreto de la esfera de la actividad humana sino que puede ser alegado ante cualquier trato diferenciado injustificado. De la ausencia de un contenido material específico se desprende la característica más importante de la igualdad: su carácter relacional”.

3.3.1.2. Dado su carácter relacional, en el contexto de la acción pública de inconstitucionalidad la igualdad requiere de una comparación entre dos regímenes jurídicos. Esta comparación no se extiende a todo el contenido del régimen, sino que se centra en los aspectos que son relevantes para analizar el trato diferente y su finalidad. El análisis de la igualdad da lugar a un juicio complejo, pues involucra el examen del precepto demandado, la revisión del precepto respecto del cual se alega el trato diferenciado injustificado y la consideración del propio principio de igualdad. La complejidad de este juicio no puede reducirse a revisar la mera adecuación de la norma demandada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que requiere incluir también al otro régimen jurídico que hace las veces de término de la comparación. Ante tal dificultad este tribunal suele emplear herramientas metodológicas como el test de igualdad[22].

3.3.1.3. En tanto principio, la igualdad es una norma que establece un deber ser específico, aunque su contenido puede aplicarse a múltiples ámbitos del quehacer humano, y no sólo a uno o a algunos de ellos. Este deber ser especifico, en su acepción de igualdad de trato, que es la relevante para el asunto sub examine, comporta dos mandatos: (i) el de dar un mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no haya razones suficientes

para darles un trato diferente; y (ii) el de dar un trato desigual a supuestos de hecho diferentes.

3.3.1.4. A partir del grado de semejanza o de identidad, es posible precisar los dos mandatos antedichos en cuatro mandatos más específicos aún, a saber: (i) el de dar el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (ii) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (iii) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (iv) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presentes similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras.

3.3.2. El artículo 1 de la CADH reconoce a todo ser humano, en tanto persona, la garantía de que los derechos y libertades reconocidos en ella le serán respetados sin discriminación alguna "por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". El artículo 24 ibídem, por su parte, prevé que todas las personas son iguales ante la ley y que, por lo tanto, tienen derecho a igual protección de la misma, sin discriminaciones.

3.3.2.1. Al interpretar los anteriores artículos en los Casos Aptiz Barbera y otros v. Venezuela[23] y Comunidad indígena Xákmok Kásek v. Paraguay[24] y en la Opinión consultiva 4 de 1984, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) precisa que si "un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional" se vulneraría el artículo 1.1 de la CADH, mientras que si "la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna" se vulneraría el artículo 24 de la misma.

3.3.2.2. Según la reiterada doctrina de la CIDH[25], la convención "no prohíbe todas las distinciones de trato". Cuando la diferencia de trato es razonable y objetiva, equivale a una mera distinción compatible con la CADH; cuando no lo es, valga decir, cuando resulta de la arbitrariedad, equivale a una discriminación, que es incompatible con la CADH.

3.3.2.3. Conviene destacar también que, en el Caso Atala Riffo y Niñas v. Chile[26], la CIDH reconoció a la igualdad de trato y a la no discriminación la condición de norma de ius cogens, en los siguientes términos:

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado[27] que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico[28].

3.3.3. El artículo 14 del PIDCP reconoce que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia y tienen derecho (i) a ser oídas públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial; (ii) a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre su culpabilidad conforme a la ley; (iii) a ser informadas de manera comprensible y detallada de la naturaleza y causas de la acusación; (iv) a disponer de tiempo y de medios adecuados para su defensa y a comunicarse con su defensor; (v) a ser juzgadas sin dilaciones; (vi) a estar presentes en el proceso y defenderse personalmente y ser asistida por un defensor y, si no tuviere medios suficientes para pagarlo, por un defensor de oficio; (vii) a interrogar o hacer interrogar a testigos y obtener su comparecencia al proceso; (viii) a ser asistidas de manera gratuita por un intérprete, si no comprenden la lengua empleada en el proceso; (ix) a no ser obligadas a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable; (x) a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior, conforme a la ley; (xi) a ser indemnizadas si la condena se revoca o si hay indulto, por haberse probado la comisión de un error judicial, a menos que se demuestre que le es imputable, en todo o en parte, por no haber revelado oportunamente el hecho desconocido; (xii) a no ser juzgado ni condenado por un delito respecto del cual ya hubo condena o absolución por sentencia en firme, conforme a la ley.

3.3.3.1. El artículo 26 ibídem, por su parte, prevé que todas las personas son iguales ante la ley y que, por lo tanto, tienen derecho a una igual protección de la ley sin discriminaciones por motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

3.3.3.2. Al interpretar el artículo 14 del PIDCP en la Observación general 32 de 2007, el Comité de Derechos Humanos (CDH)[29], advierte que el derecho a la igualdad ante los tribunales implica que “todas las partes en un proceso gozarán de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y éstas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el procesado”[30], como ocurriría, por ejemplo, si el fiscal puede recurrir una providencia y el procesado no; también implica que “casos similares sean tratados en procesos similares”, de tal suerte que para determinar casos en los cuales se aplican “procedimientos penales excepcionales o tribunales o cortes de justicia especialmente constituidos, habrá que dar motivos objetivos y razonables que justifiquen la distinción”[31].

3.3.3.3. Algo semejante se dice al interpretar el artículo 26 del PIDCP en la Observación general 18 de 1989[32], pues la discriminación se entiende como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia” que se base en los motivos previstos en este artículo, que tenga por objeto o resultado “anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Sin embargo, la igualdad de derechos no implica la igualdad de trato en todas las circunstancias, pues puede haber diferencias de trato justificadas, como las que prevé el propio PIDCP en sus artículos 6.5, 10.3 y 25.

3.3.3.4. En diversos dictámenes, como los dados en los asuntos Hendrika S. Vos v. Países Bajos[33], Lahcen B. M. Oulajin y Mohamed Kaiss v. Países Bajos[34], Simalae Toala y otros v. Nueva Zelanda[35], Joseph Kavanagh v. Irlanda[36], M. Schmitz-de-Jong V. Países Bajos[37], Michael Andreas Müller e Imke Engelhard v. Namibia[38], el CDH reitera su doctrina, en el sentido de que el principio de la no discriminación y la igualdad ante la ley significan que toda distinción que se establezca deberá basarse en criterios razonables y objetivos y de que, cuando el trato diferente se funda en los motivos expresamente mencionados en el artículo 26, la carga de su justificación es más onerosa.

3.4. Juicio integrado de igualdad: etapas de su análisis y modalidades del test de igualdad según su grado de intensidad. Reiteración de jurisprudencia.

3.4.1. El juicio integrado de igualdad tiene tres etapas de análisis: (i) establecer el criterio de comparación: patrón de igualdad o tertium comparationis, valga decir, precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza; (ii) definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe un trato desigual entre iguales o igual entre desiguales; y (iii) averiguar si la diferencia de trato está constitucionalmente justificada, es decir, si las situaciones objeto de la comparación ameritan un trato diferente desde la Constitución[39].

El test de igualdad, que se aplica en el juicio integrado de igualdad, en su metodología busca analizar tres objetos: (i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin. Según su grado de intensidad, este test puede tener tres grados: estricto, intermedio y leve. Para determinar cual es el grado de intensidad adecuado a un caso sub judice, este tribunal ha fijado una regla y varios criterios[40], como se da cuenta enseguida.

3.4.2. La regla es la de que al ejercer el control de constitucionalidad se debe aplicar un test leve, que es el ordinario. Este test se limita a establecer la legitimidad del fin y del medio, debiendo ser este último adecuado para lograr el primero, valga decir, a verificar si dichos fin y medio no están constitucionalmente prohibidos y si el segundo es idóneo o adecuado para conseguir el primero. Esta regla se formula a partir de dos importantes consideraciones: el principio democrático, en el que se funda el ejercicio de las competencias del legislador, y la "presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas". El test leve busca evitar decisiones arbitrarias y caprichosas del legislador, es decir, decisiones que no tengan un mínimo de racionalidad. El test leve ha sido aplicado por este tribunal en casos en los cuales se estudian materias económicas, tributarias o de política internacional, o en los cuales está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o en los cuales se trata de analizar una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente, o en los cuales, a partir del contexto normativo del precepto demandado, no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.

3.4.3. Para aplicar un test estricto, que es la primera y más significativa excepción a la regla, este tribunal ha considerado que es menester que esté de por medio una clasificación sospechosa, como las previstas de manera no taxativa a modo de prohibiciones de

discriminación en el artículo 13 de la Constitución; o que la medida recaiga en personas que estén en condiciones de debilidad manifiesta, o que pertenezcan a grupos marginados o discriminados o a sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o a minorías insulares y discretas; o que la diferenciación afecte de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental; o que se cree un privilegio.

3.4.4. El test estricto es el más exigente, pues busca establecer que si el fin es legítimo, importante e imperioso y si el medio es legítimo, adecuado y necesario, es decir, si no puede ser remplazado por otro menos lesivo. Este test incluye un cuarto objeto de análisis: si los beneficios de adoptar la medida exceden claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

3.4.5. Entre los extremos del test leve y del test estricto está el test intermedio, que se aplica por este tribunal cuando se puede afectar el goce de un derecho no fundamental o cuando hay un indicio de arbitrariedad que puede afectar la libre competencia. Este test busca establecer que el fin sea legítimo e importante, sea porque promueve intereses públicos valorados por la Constitución o por la magnitud del problema que el legislador busca resolver, y que el medio sea adecuado y efectivamente conducente para alcanzar dicho fin.

3.5. El niño como sujeto de derechos. Reiteración de jurisprudencia.

3.5.1. En varios artículos de la Constitución y, en especial, en el artículo 44 de la misma se reconoce al niño como titular de los derechos fundamentales (i) a la vida, (ii) a la integridad física, (iii) a la salud, (iv) a la seguridad social, (v) a la alimentación equilibrada, (vi) a un nombre, (vii) a la nacionalidad, (viii) a tener una familia y a no ser separado de ella, (ix) a el cuidado y el amor, (x) a la educación, (xi) a la cultura, (xii) a la recreación y (xiii) a la libre expresión de su opinión. Esta enumeración no es taxativa, pues el niño, en tanto ser humano, goza también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia”[41]. Los niños deben ser protegidos, según el referido artículo 44 contra “toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Los derechos del niño, según se prevé en el último inciso del artículo 44 de la Constitución, “prevalecen sobre los derechos de los demás”[42].

3.5.2. En la Opinión consultiva OC-17 de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al fijar el alcance de la Convención de los Derechos del Niño, en tanto y en cuanto la interpretación de esta convención está implicada directamente con los derechos humanos en el sistema interamericano[43], puso de presente que existe un corpus iuris de derecho internacional de los derechos de los niños[44]. Los niños han sido y son del mayor interés para el derecho internacional[45]. Y esto ha sido y es así, porque "la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia"[46].

3.5.2.1. Al interpretar el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos[47], según el cual "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de la familia, de la sociedad y del Estado", en la opinión consultiva en comento, la Corte Interamericana propone una renovada lectura de esta norma[48], pues cuando fue redactada "existía la preocupación de asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto", mientras que en la actualidad "debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las cuales debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección".

3.5.2.2. Pese a ser obvio, conviene advertir que el niño[49] es un verdadero sujeto de derechos y no un objeto. Si bien se debe propender por proteger al niño, pues su condición especial así lo requiere para el desarrollo armonioso de su personalidad, no debe pasarse por alto que el niño, en tanto ser humano, goza de todos los derechos reconocidos a los seres humanos[50]. Frente al niño, antes que derechos, los demás seres humanos tenemos deberes, que se predican de la familia, de la sociedad y del Estado. Un ser humano, así sea niño, no puede ser en ningún caso tenido o tratado como objeto del ordenamiento jurídico nacional o internacional, pues es un verdadero sujeto de derechos[51]. Como lo expone en su voto concurrente el Juez A.A. Cançado Trindade,

40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como sujeto de derecho. Es este, a mi juicio, el Leitmotiv que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en

afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párr. 28).

41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres[52]. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos independientemente de las limitaciones de su capacidad jurídica (de ejercicio).

3.5.3. La Convención sobre los Derechos del Niño[53], a su vez, reconoce explícitamente al niño, entre otros, el derecho a la vida y la garantía de su supervivencia y su desarrollo (art. 6), a un nombre y nacionalidad y a ser cuidado por sus padres (art. 7), a preservar su identidad y relaciones familiares (art. 8), a no ser separado de sus padres (art. 9), a mantener relaciones personales y contactos con sus padres, cuando éstos residan en diferentes Estados (art. 10), a formarse un juicio propio y a expresar su opinión libremente (art. 12), a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo (art. 13), a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), a la libertad de asociación y de celebrar reuniones pacíficas (art. 15), a no ser sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia o ataques ilegales a su honra y a su reputación (art. 16), y a acceder a la información (art. 17).

3.5.4. La condición de sujeto de derechos del niño fue reconocida de manera explícita en la Sentencia C-131 de 2014, dictada recientemente, en la cual se precisan dos excepciones a la prohibición de la práctica de la anticoncepción quirúrgica a menores de edad, contenida en el artículo 7 de la Ley 1412 de 2010. En cuanto atañe a la excepción relativa a cuando haya riesgo de la vida por razón del embarazo, este tribunal advirtió que, además de la autorización judicial previa, se requiere de dos condiciones: (i) que el paciente autorice el procedimiento de manera libre, esto es, sin que se le imponga la decisión por sus padres o por sus representantes legales, y (ii) que un grupo interdisciplinario de médicos confirme que el embarazo o el parto “constituyen un riesgo de muerte para el menor sin que se

pueda acudir a otros mecanismos anticonceptivos” y que “el menor comprende y acepta de manera informada someterse a dicho procedimiento”.

3.6. El derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella. Reiteración de jurisprudencia.

3.6.1. La familia, en tanto “núcleo fundamental de la sociedad” (art. 42 C.P.), es el ámbito más próximo al niño. La progenitura debe ser una decisión responsable de los padres, que conlleva una serie de deberes para con sus hijos, entre ellos el de sostenerlos y educarlos “mientras sean menores o impedidos”. En el seno de su familia el niño tiene derecho a encontrar la protección que necesita y las condiciones necesarias para su adecuado desarrollo[54] y crecimiento. Antes que derechos sobre sus hijos, los padres tienen deberes para con ellos.

3.6.1.1. El derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, a juicio de este tribunal[55] se desprende inevitablemente de la naturaleza humana, y va más allá de los deberes de sostenimiento y educación, para involucrar también, como lo reconoce la propia Constitución, las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación[56]. El niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que pueden afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los padres no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con sus hijos ni su correspondiente responsabilidad. De ahí que la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 18, disponga:

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

3.6.1.2. Es de tal importancia el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, que en la Sentencia SU-195 de 1998 este tribunal califica de manera especial a las normas internacionales que lo reconocen, en los siguientes términos:

Los anteriores postulados de defensa de los niños, por haber sido aceptados por más de ciento cincuenta Estados de la comunidad internacional y por su objetivo, relativo a la protección de los derechos humanos, siendo además un desarrollo de la declaración Universal de Derechos Humanos de la O.N.U de 1948 y de la Carta de Naciones Unidas en sus artículos 13, 55 literal C, 56 y 103, pueden ser catalogados, al igual que el derecho internacional humanitario, bajo el concepto de Ius Cogens.

El Ius Cogens, es "un conjunto normativo cuya obligatoriedad y fuerza vinculante emana del respaldo universal que a sus preceptos da la comunidad internacional en su conjunto, la que además considera que sus normas no admiten acuerdo en contrario".[57] Por ello los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, prescriben que todo tratado internacional que esté en contradicción con una norma de Ius Cogens, debe ser considerado nulo y terminar.

[…]

Desde este punto de vista, los preceptos de la Convención sobre Derechos del Niño relativos a la protección del menor en relación con su derecho a la familia, a la propia identidad personal, y a la relación paterno filial, más allá de la obligatoriedad que generan para los Estados signatarios del referido documento, comprometen a la comunidad internacional entera. En este sentido, el país a donde fue llevado el menor cuya protección se invoca en esta tutela, está internacionalmente obligado a proteger sus derechos de manera real y no simbólica. Debe, por lo tanto, permitir un contacto personal entre la madre y su hijo, suficientemente asiduo y libre de interferencias, que haga posible una verdadera relación materno filial y familiar, referida también a sus demás parientes colombianos, y un conocimiento por parte del niño acerca de los elementos que integran la nacionalidad colombiana, que deben ser reconocidos como valores de su propia identidad.

3.6.2. Uno de los eventos más traumáticos para los miembros de una familia es el de su separación, en especial si se trata de los niños. La separación del niño de su familia debe

ser un fenómeno excepcional, que está previsto en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño, en los siguientes términos:

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que 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.

3.6.2.1. Al estudiar la separación excepcional del niño de su familia, en la Opinión consultiva OC-17 de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos[58] ilustra esta materia a partir de tres referentes: la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Directriz 14 de Riad y los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los siguientes términos:

72. La Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia[59]; y que aun cuando los padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada[60]. Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la Convención[61]. El mismo Tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.

73. Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño[62]. Al respecto, la Directriz 14 de Riad ha establecido que

[c]uando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el "desplazamiento" de un lugar a otro.

74. La propia Corte Europea ha hecho ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño[63]. Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres[64]. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor[65]. Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 5, 9, 19 y 20, inter alia).

75. Esta Corte destaca los travaux préparatoires de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46).

76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

3.6.2.2. En el mismo sentido, en la Sentencia T-012 de 2012 este tribunal destacó que la familia es muy importante para el desarrollo integral y armónico del niño y que la relación

entre sus miembros contribuye a crear un ambiente de amor y de cuidado, que es indispensable para dicho desarrollo. De la circunstancia de que los padres se separen no se sigue que los vínculos familiares con los hijos terminen[66] . Por lo tanto, la intervención del Estado para separar a un niño de su familia, "está autorizad[a] de manera marginal y subsidiaria y únicamente si se presentan razones suficientes que así lo ameriten"[67].

3.6.2.3. Ni los recursos económicos ni el nivel educativo de los padres son razones suficientes para la intervención del Estado, pues ello implicaría una sanción irrazonable a padres y a hijos y un trato discriminatorio. En la experiencia de este tribunal se ha identificado cuatro posibles razones que sí serían suficientes para que el Estado intervenga y separe al niño de su familia, como son: "(i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a "toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos" y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia[68]".

3.6.3. Lo antedicho podría sintetizarse, como en efecto se hizo en la Sentencia T-012 de 2012, en los siguientes términos:

5.7. De lo expuesto se puede inferir que existe una presunción no solamente en el orden jurídico interno[69], sino en los tratados internacionales de derechos humanos[70], a favor de mantener el vínculo recíproco entre los padres biológicos y sus hijos o hijas, cualquiera sea la configuración del grupo familiar[71], pudiendo ser separados, únicamente por motivos excepcionales[72]. Presunción que solo puede ser desvirtuada por medio de argumentos poderosos, relacionados, se insiste, en la ineptitud de la familia biológica para asegurar el bienestar del niño o de la niña, o en los riesgos o peligros reales y concretos que los amenacen. En todo caso, la carga de la prueba recae en quien alega las mencionadas circunstancias[73], en el trámite de los procesos pertinentes regulados en la legislación, con estricto respeto de la garantía del debido proceso y de los derechos fundamentales de las personas involucradas[74].

3.7. Interés superior del menor. Reiteración de jurisprudencia.

3.7.1. Los derechos del niño, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, prevalecen sobre los derechos de los demás[76]. A partir de esta cláusula de prevalencia, este tribunal reconoce al niño como un sujeto de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna[77]. Al interpretar el artículo en comento, este tribunal ha puesto de presente cuatro elementos de juicio relevantes, a saber:

[…] (i) la protección reforzada de los derechos de los niños y la garantía de un ambiente de convivencia armónico e integral tendiente a la evolución del libre desarrollo de su personalidad[78]; (ii) amparo a la niñez frente a riesgos prohibidos, lo que equivale a sostener que se debe evitar su exposición a situaciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física y moral, la explotación económica o laboral y en general el irrespeto de la dignidad humana en todas sus formas; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus progenitores. Es decir, en caso de conflicto entre los derechos de unos y de otros, la solución ofrecida debe ajustarse a la preservación de los intereses superiores de la niñez y, (iv) la necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales[79], de tal manera que no se incurra en conductas arbitrarias, desmesuradas e injustificadas.

3.7.2. La antedicha inteligencia de la cláusula constitucional de prevalencia armoniza con lo dispuesto en varios de los artículos de la Convención de los Derechos del Niño, en especial con los artículos 2, 3, 4 y 12, y con la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como pasa a verse.

En efecto, el interés superior del niño es una consideración primordial para adoptar todas las medidas que les conciernan, sea legislativas (art. 2 CDN[80]), administrativas o de cualquier otra índole (art. 3 CDN[81]). En este contexto, los Estados tienen el deber de adoptar todas las medidas, sean legislativas, administrativas o de otra índole, que sean necesarias para hacer efectivos los derechos del niño; cuando se trata de derechos económicos, sociales y culturales este deber llega hasta el máximo de recursos disponibles (art. 4 CDN[82]). Al ser el niño un sujeto de derechos, cuando él pueda formarse un juicio propio de acuerdo a su edad y madurez, se le debe garantizar el derecho a expresar de

manera libre su opinión sobre los asuntos que lo afectan, sea en el marco de procesos administrativos o de procesos judiciales, y se debe tener en cuenta dicha opinión al momento de decidir lo que corresponda (art. 12 CDN[83]).

En la Opinión Consultiva OC-17 de 2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta el interés superior del niño en los siguientes términos:

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano[84], en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.

57. A este respecto, el principio 2 de la Declaración de los Derechos del Niño

(1959) establece:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (El subrayado no es del texto original)

58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone:

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. (El subrayado no es del texto original)[85].

[…]

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes, si se toma en cuenta que la Convención sobre Derechos del Niño alude al interés superior de éste

(artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades62. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.

60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño63 establece que éste requiere "cuidados especiales", y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.

3.7.3. En la experiencia de este tribunal se ha una serie de criterios para determinar el interés superior del niño en casos concretos, como pasa a verse.

En la Sentencia T-510 de 2003, se precisa que es menester tener en cuenta consideraciones fácticas: relacionadas con las circunstancias específicas del caso visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados, y consideraciones jurídicas: relacionadas con parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar del niño.

Los anteriores criterios se precisan en la Sentencia T-397 de 2004, en la cual se alude tanto a los criterios jurídicos relevantes para cada caso como a una "cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado", para lo cual es relevante tener en cuenta "las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor […] y aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos" disponibles.

Por último, en la Sentencia T-012 de 2012, que reitera y decanta lo dicho en las sentencias antedichas, se destaca que cualquier decisión en este tipo de casos debe tener en cuenta:

(1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado[86]. La aplicación de estos criterios, en el caso bajo examen, se realizará cuando se analice el caso concreto.

3.8. El caso concreto.

Conforme a los parámetros anteriores, corresponde constatar si en el caso concreto el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 A al Código Penal, vulnera los derechos a la igualdad de trato de los padres y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, previstos en los artículos 13 y 44 de la Constitución.

3.8.1. Conviene empezar por advertir que en este caso no existe una norma de rango y jerarquía constitucional que prevea el deber de criminalizar la conducta del padre –entendiendo dentro de esta noción tanto al padre como a la madre- que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos menores, sobre el que ejerce patria potestad, cuando obre con el propósito de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, ni existe una norma del mismo rango y jerarquía que lo prohíba. Por lo tanto, en esta materia el Legislador cuenta con un amplio margen de configuración. Dentro de este margen, al momento de tipificar como delito una conducta el legislador debe respetar unos límites[87].

3.8.2. Para conocer cuál fue la razón por la cual el legislador decidió criminalizar la conducta en comento, es necesario referir el proceso de formación del artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que comienza con la presentación del Proyecto de ley estatutaria 01 de 2003 en el Senado de la República[88], en cuyo artículo 21 se encuentra el mismo texto que a postre será el del artículo demandado.

3.8.2.1. En la correspondiente exposición de motivos el artículo 21 del proyecto se enmarca dentro de la “Política contra la extorsión y el secuestro extorsivo”, diseñada por el Consejo

de Seguridad Nacional. Conforme a esta política se evaluó el sistema penal vigente y se elaboró un diagnóstico sobre los problemas existentes y su posible solución normativa. Como resultado de esta tarea se propuso la creación de un nuevo tipo penal denominado "Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad". El proyecto pretende dar una protección adecuada a la familia, que es el bien jurídico tutelado por el nuevo tipo penal, de ahí que la propuesta se justificase de la siguiente manera:

6. Nuevo tipo penal "Ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad"

En la actualidad, un número significativo de parejas utilizan a sus hijos menores en sus conflictos familiares, llegando al extremo de privar al otro padre del contacto con sus hijos o de impedirle saber y conocer los sitios a los que son llevados. Estas situaciones conllevan a que el padre afectado acuda a las autoridades a denunciar el hecho como un secuestro, obviando conductos regulares para la solución de estos conflictos como la jurisdicción de familia (Bienestar Familiar, comisarios de familia y jueces de familia) o, por la vía penal, pero enmarcado en un tipo penal donde el bien jurídico tutelado sea la Protección de la Familia.

Al calificarse equivocadamente como secuestro, esta situación afecta gravemente la familia, núcleo fundamental de la sociedad, que goza de especial protección constitucional (art. 42 Constitución Política), pues esto conlleva a la desintegración de la familia al enfrentarse uno de los padres a las elevadas penas que se imponen a esta clase de conductas.

Adicionalmente, como consecuencia del tratamiento penal que se le está dando a esta problemática, los entes investigativos se han visto obligados a conocer estas conductas, que no requieren de su nivel de especialización para ser resueltos. Igualmente, estos casos incorrectamente catalogados han venido distorsionando las estadísticas de secuestrados y rescatados.

Por tanto, se propone la inclusión de un nuevo tipo penal relativo a la sustracción, retención, ocultamiento o arrebatamiento de hijo menor de edad ("ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad"), cuya sanción sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la conducta y ajustada al real bien jurídico tutelado, por ello debe estar ubicado dentro del título VI relativo a los delitos contra la familia.

3.8.2.2. Durante su trámite en el Senado de la República[89] se precisó que este tipo penal autónomo "tiene el propósito de castigar al padre que con el propósito de privar al otro padre del derecho a la custodia y cuidado personal que se ejerce sobre los hijos menores 'arrebate, sustraiga, retenga u oculte' a uno de ellos". También se precisó, y luego se reiterará en el trámite en la Cámara de Representantes[90], que este tipo penal busca "descongestionar la unidad de fiscalía dedicada a la investigación del secuestro". Pese a que el proyecto de ley fue objeto de conciliación, no hubo ninguna discrepancia entre las cámaras respecto del que a la postre será el artículo 7 de la Ley 890 de 2004.

3.8.3. La identidad de los verbos rectores del nuevo tipo penal, creado por la norma sub examine, y del antiguo tipo penal de secuestro es evidente. En ambos se emplea cuatro verbos rectores, a saber: arrebatar, sustraer, retener u ocultar. La diferencia estriba en los demás elementos del tipo penal, como son el sujeto activo, el sujeto pasivo y el propósito de la conducta. En efecto, en el nuevo tipo penal el sujeto activo es calificado: el padre que ejerce la patria potestad, el sujeto pasivo también es calificado: el hijo menor sobre quien se ejerce dicha patria potestad, y el propósito de la conducta también es calificado: "con el fin de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal". En el tipo penal anterior el sujeto activo no es calificado: "el que", el sujeto pasivo tampoco es calificado: "a una persona", y el propósito puede ser calificado de manera explícita, como ocurre en el secuestro extorsivo[91]: "con el propósito de exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, con fines publicitarios o de carácter político", o calificado de manera no explícita, como ocurre con el secuestro simple[92]: "con propósitos distintos a los previstos en el artículo siguiente [relativo al secuestro extorsivo]".

3.8.4. En este contexto, la demanda cuestiona el propósito calificado del nuevo tipo penal, porque a su juicio omite, sin que le sea dable hacerlo, criminalizar la conducta descrita cuanto tenga el propósito de "privar al otro padre del derecho de visitas". Hay dos circunstancias relevantes para el caso sub judice, que si bien deben distinguirse del contexto que es propio del tipo penal su examine, merecen tenerse en cuenta al momento de analizar el cargo de la demanda, como pasa a verse.

3.8.4.1. La primera circunstancia es la de que para ser sujeto activo del nuevo tipo penal no basta con ser padre del niño, sino que es necesario que se ejerza la patria potestad sobre él. Esta circunstancia es relevante porque no todos los padres ejercen la patria potestad

sobre sus hijos, pues en algunos eventos ésta se puede suspender[93] y en otros se puede terminar[94]. No sobra agregar que la suspensión, la privación o la terminación de la patria potestad exonera a los padres de sus deberes para con sus hijos. Como se deja en claro en la Sentencia C-997 de 2004, "los derechos que componen la patria potestad no se han otorgado a los padres en provecho personal, sino en el interés superior del hijo menor, facultades que están subordinadas a ciertas condiciones y tienen un fin determinado". Por lo tanto, se trata de derechos instrumentales cuyo ejercicio "sólo será legítimo en la medida en que sirva al logro del bienestar del menor"[95].

3.8.4.2. La segunda circunstancia es la de que la custodia puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia. Cuando la custodia sea compartida por ambos padres, la conducta de cualquiera de ellos, si se adecúa a los verbos rectores del tipo penal en comento, se puede enmarcar dentro del propósito de "privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal". Ni la custodia ni el cuidado personal del niño se otorgan a los padres o a las personas que conviven con él en los antedichos ámbitos en su provecho personal, sino en el interés superior del niño.

3.8.5. Como ya se vio[96], uno de los eventos más traumáticos para los miembros de una familia es el de su separación, en especial si se trata de los niños. Esta separación puede ocurrir por diversas causas, como por el maltrato o descuido del niño por parte de sus padres o porque éstos vivan separados, conforme a lo previsto en el artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño.

3.8.5.1. Ante la decisión de los padres de separarse, ni el Estado ni la sociedad pueden imponerles como obligación el "mantener relaciones conjuntas como único mecanismo de protección integral del menor"[97]. La separación no implica ni puede implicar la ruptura de la convivencia del niño con sus padres y demás familiares, pues el niño tiene el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella. Sin embargo, la ruptura de la convivencia diaria, dada por la circunstancia de que los dos padres ya no viven juntos, hace necesario adoptar una decisión sobre el lugar de residencia del niño, que debe tomarse y justificarse sobre la base del interés superior del niño[98]. Esta decisión debería ser

tomada por los padres, pero a falta de acuerdo entre ellos, le corresponde intervenir al Estado para tomarla.

Ante la circunstancia de la separación, el niño debe proseguir su vida viviendo con uno de sus padres, a quien le corresponde la custodia y cuidado personal, pero sin perder el contacto y los vínculos con el padre con el cual ya no va a convivir diariamente, a quien tiene el derecho a ver con frecuencia. Y es que la finalidad principal de la custodia y cuidado personal, como se precisa en la Sentencia T-557 de 2011, es "garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión", pues la custodia y cuidado personal implican una responsabilidad permanente en el tiempo para el padre que convive diariamente con el niño, mientras que la finalidad principal del régimen de visitas, como se advierte en la Sentencia T-500 de 1993, al aludir a la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de octubre de 1984, es "el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo".

3.8.5.2. Conviene no perder de vista que en estos eventos, que deberían ser excepcionales, tanto los padres como la familia y el Estado deben pensar por y en función del interés superior del niño[99], antes que en cualquier otra consideración. Empero, al ser también la separación un evento traumático para los padres, éstos pueden llegar a omitir dicho interés y, por tanto, a olvidar su responsabilidad como padres, para asumir que sus hijos son un "instrumento de manipulación y destrucción recíproca"[100], con lo que se produce graves daños al niño y a sus derechos.

3.8.5.3. En este contexto, en algunos eventos se puede decidir que la custodia será compartida por ambos padres y, en otros, se puede decidir que a uno de ellos le corresponde la custodia y el cuidado personal y al otro las visitas. La segunda situación, relevante para el caso sub judice, implica revisar cómo se decide la custodia y cuidado personal del niño. Para este propósito conviene tener en cuenta lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia[101], así: (i) la custodia y el cuidado personal del niño deben ser asumidos, en forma permanente y solidaria y de manera directa y oportuna por ambos padres (art. 23); (ii) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del

Defensor de Familia (art. 82.9); (iii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iv) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100).

3.8.5.4. La decisión sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda –y se debe fundar siempre- en el interés superior del niño. Cuando no hay acuerdo entre las partes, que en un acto generoso y responsable deciden pensar en lo mejor para su hijo, esta decisión es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial, "a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños"[102]. En estos procesos corresponde a las autoridades administrativas y judiciales "analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar"[103].

3.8.6. Para realizar el juicio integrado de igualdad y constatar si en este caso se incurre o no en la diferencia de trato que apunta la demanda, es menester empezar por precisar si los supuestos de hecho son susceptibles de compararse y si se compara sujetos de la misma naturaleza[104]. En el caso concreto, como acaba de verse, existe una evidente diferencia entre la custodia y cuidado personal y las visitas. Y existe porque, si bien ambas instituciones jurídicas guardan relación con los derechos del niño y, de manera especial, con el derecho fundamental de éste a tener una familia y a no ser separado de ella, la custodia y cuidado personal del niño es resultado de una decisión que se funda en el interés superior del niño. Si se decide sobre lo que es mejor para el niño, valga decir, sobre lo que resulta acorde a su interés superior, no es posible asumir, por sí y ante sí, como lo hace la demanda, que los supuestos de hecho de la custodia y cuidado personal y las visitas son iguales, o siquiera equiparables, para reclamar, a renglón seguido, la misma protección penal para ambas.

3.8.6.1. La anterior afirmación se confirma al analizar el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980 y aprobado por la Ley 173 de 1994[105]. En efecto, en el Convenio se considera como ilícito el traslado o no regreso de un niño cuando (i) "ha habido una violación del derecho de guarda

asignado ya sea a una persona, una institución o cualquier otro organismo, ya sea sólo o conjuntamente, por la legislación del Estado en el cual el niño residía habitualmente antes de su traslado o no regreso" y (ii) "que este derecho era ejercido de manera efectiva sólo o conjuntamente en el momento del traslado o no regreso o lo habrían sido si tales hechos no se hubieran producido" (art. 3).

3.8.6.2. Para efectos del Convenio se distingue entre derecho de guarda y derecho de visita (art. 5). El primero comprende el derecho relativo al cuidado del niño y en particular el de decidir su residencia, y es el que se tiene en cuenta para configurar o no el precitado ilícito. El segundo comprende el derecho de llevar al niño por un período de tiempo limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual. Si bien las visitas no tienen relación con el antedicho ilícito, el Convenio también las protege en su artículo 21, en tanto y en cuanto obliga a que se asegure su ejercicio pacífico y se eliminen los obstáculos que se les pueda oponer, por medio de un procedimiento adecuado. Este procedimiento ya existe en la República de Colombia y es la acción de tutela[106]. Al revisar la exequibilidad del Convenio en la Sentencia C-402 de 1995, este tribunal destacó que:

El aumento en Colombia de matrimonios de parejas de distintas nacionalidades y los frecuentes conflictos familiares que se presentan en la actualidad, aunados a las facilidades modernas para desplazarse de un país a otro, han aumentado el número de casos en los que un padre sustrae ilícitamente a su hijo de la protección que el otro legalmente le brindaba, hecho que precisamente el Convenio que se revisa pretende acabar. De ahí la importancia que este tratado internacional tiene.

La adhesión a este Convenio por parte del Estado Colombiano le permitirá al padre o madre víctima de la sustracción ilícita de su hijo, hacer valer ante las autoridades extranjeras los derechos de guarda y de visita que le han sido reconocidos en Colombia, sin tener que entablar largos y costosos procesos ante las autoridades judiciales o administrativas del país donde fue ilícitamente trasladado su hijo con el fin de que le reconozcan el derecho que ya tenía.

De otra parte, se obliga al progenitor que ilícitamente retuvo a su hijo, a disputar la custodia y demás derechos inherentes a la patria potestad ante las autoridades del lugar de residencia habitual del menor, evitándole a éste un doloroso y perjudicial desarraigo.

3.8.6.3. Al no ser equiparables los dos supuestos de hecho, no es posible sostener, como lo hace la demanda, que la norma demandada discrimine de alguna manera a los padres que no tienen la custodia y cuidado del niño, sino las visitas, y mucho menos que esta discriminación sea injustificada. Por lo tanto, al no haber excluido la norma demandada de sus consecuencias supuestos de hecho asimilables, dado que no lo son los planteados en el caso sub examine, no se satisfacen los presupuestos de la omisión legislativa relativa. Así, pues, en cuanto atañe a la vulneración del artículo 13 de la Constitución el cargo no está llamado a prosperar.

3.8.7. Si bien la conducta del padre que no respeta el régimen de visitas es censurable y merece reproche, porque vulnera el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, y el derecho del otro padre a mantener una relación con su hijo, de ello no se sigue que su conducta se pueda equiparar a la del padre que arrebate, sustraiga, retenga u oculte a uno de sus hijos para privar al otro padre de la custodia y cuidado del niño, y menos aún que esta conducta deba criminalizarse. Y no puede equipararse porque el niño vive la mayor parte del tiempo con el padre que tiene la custodia y el cuidado, que en vista de esta circunstancia, en rigor no lo puede arrebatar, ni sustraer, ni retener, ni ocultar.

3.8.7.1. Irrespetar el régimen de visitas u obstaculizar su realización, es una conducta nociva para el niño y para su familia, de esto no hay duda. Al afectar derechos fundamentales, frente a tal conducta este tribunal no ha vacilado en sostener que procede la acción de tutela[107], como un mecanismo de protección expedito y eficaz de estos derechos. Así, pues, de la mera circunstancia de que la conducta no se tipifique como delito, que es lo que argumenta la demanda, no se sigue que esta conducta no pueda ser sometida al conocimiento y control de las autoridades, por medio de diversos mecanismos administrativos y judiciales[108], para proteger el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella.

3.8.7.2. Ante tal evidencia, dado que la criminalización de la conducta es la última ratio, la existencia de un medio de control menos gravoso y de alta eficacia, como es la acción de tutela, el pretender proteger este derecho por medio del derecho penal no responde al principio de necesidad, que es uno de los límites al amplio margen de configuración del legislador[109]. Así, pues, en cuanto atañe a la vulneración del artículo 44 de la

Constitución el cargo tampoco está llamado a prosperar.

3.9. Conclusión.

Al analizar el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 A al Código Penal, a la luz de los presupuestos del juicio integrado de igualdad y del derecho fundamental del niño a tener una familia y no ser separado de ella, se pudo constatar que sus supuestos de hecho tienen diferencias relevantes que no los hacen equiparables, y que la criminalización de la conducta del padre que tiene la custodia y cuidado no responde al principio de necesidad, que es uno de los límites al amplio margen de configuración del legislador en materia penal.

4. Razón de la decisión.

4.1. Síntesis.

4.1.1. Dada la aptitud sustancial de la demanda, la Corte precisó el alcance del margen de configuración del legislador en materia de tipos penales y sus límites, para distinguir entre conductas que se debe criminalizar, conductas que está prohibido criminalizar y conductas que pueden o no criminalizarse, que son las que se encuentran dentro de dicho margen.

4.1.2. La Corte asume que la igualdad es un valor, un principio y un derecho, que debe verificarse en un test integrado de igualdad. También advierte que el niño, como sujeto de derechos, cuenta entre sus derechos fundamentales el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella y que cualquier decisión que se tome en asuntos que le conciernan debe fundarse en el interés superior del menor.

4.1.3. Con fundamento en los anteriores parámetros de juzgamiento, la Corte aplicó el test integrado de igualdad y encontró que los supuestos de hecho señalados en la demanda no eran equiparables, y que la criminalización de la conducta del padre que tiene la custodia y el cuidado personal no satisface el principio de necesidad, que es uno de los límites al margen de configuración del legislador en materia de tipos penales.

4.2. Regla de la decisión.

Dar diferente protección penal a la situación del padre que tiene a su cargo la custodia y

cuidado del hijo menor y a la situación del padre a quien corresponde el régimen de visitas al mismo, no implica una discriminación injustificada ni desconoce el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella.

III. 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:

Declarar EXEQUIBLE el artículo 7 de la Ley 890 de 2004, que adiciona el artículo 230 A al Código Penal, por el cargo analizado.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con aclaración de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Magistrado

NILSON ELÍAS PINILLA PINILLA

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-239/14

DERECHO PENAL DE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Principios de necesidad y de exclusiva protección de bienes jurídicos (Aclaración de voto)/PRINCIPIO DE MINIMA INTERVENCION-Facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado (Aclaración de voto)/DERECHO PENAL-Debe tenerse como herramienta de última ratio (Aclaración de voto)

AMPLIA LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA PARA TIPIFICAR CONDUCTAS-Se encuentra limitada por postulados constitucionales y principios rectores del derecho penal moderno (Aclaración de voto)/DERECHO PENAL-Debe garantizar la pacífica convivencia a través de la tipificación de conductas punibles (Aclaración de voto)

DERECHO A LAS VISITAS DEL PADRE QUE NO POSEE LA PATRIA POTESTAD-Vicisitudes pueden encontrar protección más adecuada en el derecho policivo o civil (Aclaración de voto)

PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD-Tanto tipo como sanción penal deben someterse a juicio estricto de idoneidad (Aclaración de voto)/PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

Y PROPORCIONALIDAD-No es claro por qué el derecho a visitar al hijo deba ser protegido exclusivamente por el ius puniendi (Aclaración de voto)

DERECHO PENAL MODERNO-Coherencia con la Constitución y la filosofía implica avanzar hacia una Política Criminal del Estado en el proceso legislativo de tipificación de conductas (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-9855

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7° de la ley 890 de 2004.

Magistrado ponente:

Mauricio González Cuervo

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional aclaro mi voto frente a la sentencia C- 239 de 2014, mediante la cual la Corte declaró la exequibilidad del artículo 7º de la Ley 890 de 2004.

Si bien comparto la decisión adoptada por la Sala en el sentido de declarar ajustada a la Constitución la disposición demandada en tanto no es violatoria de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 13 y 44 del texto superior (esto es, la libertad y derechos de los niños), deseo manifestar mis objeciones a la tipificación de conductas como las que penaliza la norma acusada, aspecto que no pudo ser evaluado por la Corte dados los cargos formulados por los demandantes.

El derecho penal de un Estado Social de Derecho, como el que establece el artículo primero de la Constitución, debe estar orientado por los principios de necesidad[110] y de exclusiva protección de bienes jurídicos[111]; estos axiomas desarrollan el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado[112]. Así pues, el derecho penal debe tenerse como una herramienta de última ratio, como ampliamente lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte:

“La Corte ha sostenido que el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar

cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio".[113]

Esto quiere decir, que si bien el legislador cuenta con una amplia libertad de configuración para tipificar conductas, esta se encuentra limitada por postulados constitucionales y principios rectores del derecho penal moderno. Esta Sala ha advertido que el derecho penal debe garantizar la pacífica convivencia de los ciudadanos a través de la tipificación de conductas punibles siempre que el legislador realice una evaluación de las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales predominantes en un momento determinado así como de la gravedad de estas conductas y encuentre que no existe otro mecanismo dentro del derecho para sancionar la conducta[114].

"Ha precisado la Corte que dicha competencia, si bien es amplia, se encuentra necesariamente limitada por los principios constitucionales, y en particular por los principios de racionalidad y proporcionalidad. Dichas limitaciones, ha dicho la Corporación, encuentran adicional sustento en el hecho que en este campo están en juego, no solamente importantes valores sociales como la represión y prevención de delito, sino también derechos fundamentales de las personas como el derecho a la libertad y al debido proceso. Así las cosas, la Corte ha explicado que si bien el Legislador cuenta con una amplia potestad de configuración normativa para el diseño de la política criminal del Estado y, en consecuencia, para la tipificación de conductas punibles es evidente que no por ello se encuentra vedada la intervención de la Corte cuando se dicten normas que sacrifiquen los valores superiores del ordenamiento jurídico, los principios constitucionales y los derechos fundamentales[115]".

La legislación en materia de familia y en especial en materia de protección de menores, toca un campo muy íntimo de los ciudadanos que se encuentra cruzado por elementos de tipo emocional y psicológico, en donde al derecho se le imposibilita prever todas las variables y circunstancias que pueden llegar a presentarse. Si bien la norma demandada tiene como objetivo la protección del derecho a las visitas del cual es titular el padre que no posee la patria potestad, considero que las vicisitudes atinentes al derecho de familia pueden encontrar una protección más adecuada en otros campos del derecho, como el policivo o el civil. Al acudir a la tipificación de este tipo de conductas, pareciera no sólo que se pasan por alto los precitados principios constitucionales que imponen límites al poder punitivo, sino que con ello se pone en cuestión la finalidad misma de la pena.

Acudiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad -frente a los que se ha señalado que tanto el tipo como la sanción deben someterse a juicio estricto de idoneidad- no es claro por qué un bien jurídico tal como el derecho a visitar al hijo deba ser protegido exclusivamente por el ius puniendi, más aun cuando esta Corte ha reconocido que el Estado no tiene la obligación de sancionar por la vía penal todos los comportamientos antisociales[116].

Empero, la coherencia con los mandatos constitucionales y con la filosofía del derecho penal moderno implica avanzar hacia una verdadera Política Criminal del Estado que en el proceso legislativo de tipificación de conductas, de prevalencia a aquellos comportamientos que realmente constituyan una lesión a los bienes jurídicamente tutelados. Un Estado que se reconoce como social y democrático de derecho no puede ceder ante impulsos punitivistas que propenden por la ampliación del espectro operativo del derecho penal. Por el contrario, debe valerse de mecanismos que propendan por el fortalecimiento de otros modelos de sanción que no afecten la libertad de las personas, y provean una protección más efectiva a los bienes jurídicos que se pretender tutelar.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-239/14

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD-Debió profundizarse en el estudio de la necesidad de tipificar la conducta por el derecho penal cuando existen otras opciones en los regímenes civiles y de familia (Aclaración de voto)/SANCION PENAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO-Debe ser el último recurso a usar para corregir conductas que atenten contra la sociedad (Aclaración de voto)/DERECHO PENAL-Se enmarca en el principio de mínima intervención (Aclaración de voto)

EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD FRENTE A LA POLITICA CRIMINAL-Debió dilucidarse la naturaleza y alcance de la necesidad de tipificación al existir sanciones alternativas a la configuración del delito penal (Aclaración de voto)

POLITICA CRIMINAL Y ESTABLECIMIENTO DE DELITOS Y PENAS-Derecho penal debe ser usado como ultima ratio (Aclaración de voto)/POLITICA CRIMINAL Y ESTABLECIMIENTO DE DELITOS Y PENAS-Resocialización como fin último de la pena (Aclaración de voto)/DELITOS EN EL CODIGO PENAL-Tipificación de conductas que realmente representen amenaza para el orden social (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-9855

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 7o de la ley 890 de 2004.

Magistrado Ponente:

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, me permito manifestar mi aclaración de voto en relación con lo decidido por la Sala Plena en el asunto de la referencia.

Si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de exequibilidad por los cargos analizados en la presente sentencia, creo importante hacer algunas precisiones sobre la conveniencia, racionalidad y proporcionalidad de penalizar (con privación de la libertad) conductas como

las que se tipifican en la norma demandada.

1. En esta oportunidad, a la Corte le correspondió definir si el legislador, al no prever la misma pena cuando el ejercicio arbitrario de la custodia del hijo menor de edad lo realice el padre o madre con el propósito de privar al otro padre del derecho de visitas, vulneró los derechos a la igualdad de trato de los padres y el derecho fundamental del niño a tener una familia y a no ser separado de ella, previstos en los artículos 13 y 44 de la Carta.

Para resolver este asunto, la Corte decidió aplicar un test integrado de igualdad y encontró que los supuestos de hecho señalados en la demanda no eran equiparables y que la criminalización de la conducta del padre que tiene la custodia y el cuidado personal no satisface el principio de necesidad, que es uno de los límites al margen de configuración del legislador en materia de tipificación penal.

2. Ahora bien, considero que al margen de la decisión tomada por la mayoría sobre la constitucionalidad de la norma ha debido profundizarse en el estudio de la necesidad de tipificar esta clase de conductas por el derecho penal cuando existen otras opciones en los regímenes civiles y de familia. Por supuesto, me refiero al derecho penal como ultima ratio. No solo los tratadistas del derecho penal contemporáneo sino también la jurisprudencia de este Tribunal ha considerado que la sanción penal debe ser el último recurso a usar para corregir conductas que atenten contra la sociedad dentro de un Estado social de derecho. A este respecto, esta Corporación ha señalado que:

"Él derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo

cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio”[117]

Precisamente en este sentido, y en un sano ejercicio de ponderación sobre la forma en que se ha construido nuestra política criminal, estimo que en la norma objeto de análisis ha debido dilucidarse la naturaleza y el alcance de la necesidad de esta tipificación, porque considero existen posibilidades de sanción alternativas (menos rigurosas) a la configuración de un delito penal para los supuestos que contempla la norma acusada.

3. A modo de reflexión final quisiera traer a memoria que Michel Foucault en su tratado “Vigilar y Castigar” (1975) examinó la finalidad de la pena y del castigo a través de la historia, utilizando metodologías tanto de la sociología como de la filosofía, para concluir que el primer objeto de castigo fue el cuerpo y que su penosa evolución (el modelo del encierro) se ha centrado en el alma. El castigo del alma del condenado. Cuando en la Corte nos enfrentamos al estudio de casos que indagan sobre los supuestos que determinan nuestra política criminal y el establecimiento de delitos y penas es necesario no perder de vista que el derecho penal solo debe ser usado como ultima ratio y que el fin último de la pena es la resocialización. Con esto quiero decir que solo las conductas que realmente representen una amenaza para el orden social deben ser tipificadas como delitos en los Códigos penales, para otra clase de acciones existen formas alternativas de sanción que la restricción de la libertad que pueden resultar más adecuadas y respetuosas de los bienes a proteger (como en este caso, la familia y el interés superior del menor) en un Estado de derecho.

Fecha ut supra

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] Cfr. Sentencias C-121 y C-442 de 2011, C-241 y C-742 de 2012.

[2] Cfr. Artículo 12 de la Constitución y Sentencias C-225 de 1995, C-368 de 2000, C-177 de 2001, C-226 de 2002 y C-240 de 2009.

[3] Cfr. Artículo 28 de la Constitución y Sentencia C-194 de 2005.

[4] Cfr. Sentencias C-1404 de 2000, C-173 y C-551 de 2001, C-226, C-393 y C-916 de 2002, C-899 de 2003, C-248 de 2004, C-034, C-238 y C-674 de 2005, C-077 de 2006, C-210 de 2007, C-425 de 2008, C-417, C-575 y C-636 de 2009, C-983 de 2010, C-442 de 2011, C-241 y C-742 de 2012.

[5] Cfr. Sentencias C-038 de 1995, C-070 de 1996, C-442 de 2011 y C-742 de 2012.

[6] Cfr. Sentencia C-939 de 2002.

[7] Cfr. Sentencia C-241 de 2012.

[8] Cfr. Sentencias C-587 de 1992, C-442 de 2011 y C-241 de 2012.

[9] Cfr. Sentencias C-587 de 1992, C-125 de 1996, C-239 de 1997, C-404 de 1998, C-177 de 2001, C-442 de 2011 y C-241 de 2012.

[10] Cfr. Sentencias C-647 de 2001, C-226, C-312, C-370, C-489 y C-762 de 2002, C-897 de 2005, C-355 y C-988 de 2006, C-575 y C-636 de 2009 y C-442 de 2011.

[11] Cfr. Sentencia C-420 de 2002.

[12] Cfr. Sentencia C-996 de 2000.

[13] Cfr. Sentencias C-565 y C-591 de 1993, C-308 y C-428 de 1994, C-996, C-1339 y SU-1722 de 2000, C-177, C-710 y C-974 de 2001, C-312 y C-1064 de 2002, C-530 de 2003, C-431 de 2004, C-730 y C-1001 de 2005, C-040, C-117 y C-370 de 2006, C-1198 de 2008, C-801 de 2009, C-936 de 2010, C-442 de 2011, C-241 y C-742 de 2012.

[14] Cfr. Sentencias C-179 y C-239 de 1997, C-616 de 2002, C-928 de 2005 y C-077 de 2006.

[15] Cfr. Sentencias C-239 de 1997, C-616 de 2002, C-928 de 2005 y C-015 de 2014.

[16] Cfr. Sentencia C-239 de 1997.

[17] Cfr. Sentencias C-070 y C-125 de 1996.

[18] Sobre la diferencia entre valor, principio y derecho, ver las Sentencias T-406 de 1992, T-881 de 2002, C-818 de 2010 y C-250 de 2012.

[19] Cfr. Sentencias C-862 de 2008, C-818 de 2010, C-250 de 2012 y C-015 de 2014.

[20] Cfr. Sentencia C-862 de 2008.

[21] Cfr. Sentencias C-818 de 2010 y C-250 de 2012.

[22] Cfr. Sentencia C-093 de 2001.

[23] Sentencia del 5 de agosto de 2008, párrafos 209 y 223.

[24] Sentencia del 24 de agosto de 2010, párrafo 272.

[25] Reiterada, entre otras, en la Sentencia del 6 de agosto de 2008 en el Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos, párrafo 211, y en la Sentencia del 28 de noviembre de 2012 en el Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) v. Costa Rica, párrafos 285, 438, 439, 440 y 441.

[27] Cfr. Opinión Consultiva OC-4/84, supra nota 83, párr. 55.

[28] Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek, supra nota 83, párr. 269.

[29] La observación se ocupa de El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, y son relevantes los párrafos 7 y siguientes.

[30] Párrafo 13.

[31] Párrafo 14.

[32] Sobre No discriminación, párrafos 7 y 8.

[33] Comunicación 218 de 1986, párrafo 12.

[34] Comunicación 406 de 1990, párrafo 7.3.

[35] Comunicación 675 de 1995, párrafo 11.6.

[36] Comunicación 819 de 1998, párrafos 10.2. y siguientes.

[37] Comunicación 855 de 1999, párrafo 7.2.

[38] Comunicación 919 de 2000, párrafos 6.7 y siguientes.

[39] Cfr. Sentencias C-093 y C-673 de 2001, C-862 de 2008 y C-015 de 2014.

[40] Cfr. Sentencia C-093 de 2001.

[41] Cfr. Sentencias T-500 de 1993, C-402 de 1995, SU-195 de 1998, T-024, T-735 y T-968 de 2009, T-884 de 2011 y T-689 de 2012.

[42] Cfr. Sentencias T-709 de 1998, C-738 de 2008, T-170 de 2010, T-557 de 2011, T-260 de 2012 y T-206 de 2013.

[43] Párrafos 20 y siguientes.

[44] Cfr. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala.

[45] Como lo muestra la lista de más de ochenta instrumentos internacionales que se hace en la nota al pie 19 de la opinión consultiva.

[46] Párrafo 25.

[47] Aprobada por la Ley 16 de 1972.

[48] Párrafos 28 y siguientes.

[49] Por niño se entiende, según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Así lo asume la Corte Interamericana, entre otros, en el Caso Villagrán Morales y otros v. Guatemala (2001).

[50] Así lo reitera la Corte Interamericana, entre otros, en los casos Instituto de reducación del menor v. Paraguay (2004, párr. 145), Comunidad Indígena Xákmok Kásek v. Paraguay

(2010, párr. 257) y Furlan y familiares v. Argentina (2012, párr. 125).

[51] Cfr. Sentencias T-1025 de 2002, C-507 de 2004 y C-1192 de 2005.

[52] F. Dekeuwer-Défossez, Les droits de l'enfant, 5a. ed., Paris, PUF, 2001, pp. 4-6 y 61; D. Youf, op. cit.supra n. (46), p. 134; J.-P. Rosenczveig, "The Self-Executing Character of the Children's Rights Convention in France", Monitoring Children's Rights (ed. E. Verhellen), Ghent/The Hague, Univ. Ghent/Nijhoff, 1996, p. 195, y cf. pp. 187-197.

[53] Aprobada por la Ley 12 de 1991.

[55] Cfr. Sentencias T-290 de 1993, SU-195 de 1998, C-997 de 2004 y T-012 de 2012.

[56] En este mismo sentido, el sexto principio de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 precisa que "El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidad especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole".

[57] Sentencia C-088 de 1993.

[58] Párrafo 71 y siguientes.

[59] Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001, para. 35; Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001, para. 151; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 52.

[60] Eur. Court H.R., Case of Ahmut v. the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI, para. 60; Eur. Court H.R., Case of Gül v. Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I, para. 32; y Eur. Court H.R, Case of Berrehab v. the

Netherlands, Judgment of 21 June 1988, Series A no. 138, para. 21.

[61] inter alia, Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, para. 35; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 43; Eur. Court H.R., Case Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 51; y Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 52.

[62] Eur. Court H.R., Case of T and K v. Finland, Judgment of 12 July 2001, para. 168; Eur. Court H.R. Case of Scozzari and Giunta v. Italy, Judgment of 11 July 2000, para. 148; y Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (no. 1), Judgment of 24 March 1988, Series A no. 130, para. 72.

[63] Eur. Court H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, para. 38; Eur. Court H.R., Case of K and T v. Finland, Judgment of 12 July 2001, para. 154; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 48; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta, Judgment of 11 July 2000, para. 148; Eur. Court H.R., Case of Bronda v. Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, para. 59; Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para. 64; y Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (no. 2), Judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, para. 90.

[64] inter alia, Eur. Court. H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 November 2001, para. 40; Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 50; Eur. Court H.R., Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, para 78; y Eur. Court H.R., Case of Olsson v. Sweden (no. 2), Judgment of 27 November 1992, Series A no. 250, para. 90.

[65] Eur. Court. H.R., Case of Buchberger v. Austria, Judgment of 20 December 2001, para. 40; Eur. Court H.R., Case of Scozzari and Giunta v. Italy, Judgment of 11 July 2000, para. 169; y Eur. Court H.R., Case of Elsholz v. Germany, Judgment of 13 July 2000, para. 50; y Case of Johansen v. Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV, para. 78.

[66] Cfr. Sentencias T-254 y T-1275 de 2005, T-566 de 2007, T-515 de 2008 y T-572 de 2009.

[67] Cfr. Sentencias T-752 de 1998, T-887 de 2009 y T-012 de 2012..

[68] Sentencia T-887 de 2009.

[69] Sentencias T-529 de 1992, T-531 de 1992, T-178 de 1993, T-217 de 1994, T-290 de 1995, T-587 de 1998, T-715 de 1999, T-1214 de 2000, T-209 de 2002 y T-887 de 2009, entre otras.

[70] Por ejemplo, el artículo 20 de la convención sobre los derechos del niño; el principio 6 de la Declaración de los derechos del niño; la "Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el diciembre 3 de 1986; el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, hecho el 29 de mayo de 1993 y ratificado por Colombia mediante la Ley 265 de 1996.

[71] Como lo recuerda la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 esta regla ha sido aplicada por la Corte Europea de Derechos Humanos, entre otras en el caso de Keegan vs. Irlanda -sentencia del 19 de abril de 1994- en la cual se declaró que se había violado la Convención Europea de Derechos Humanos al impedir que un padre biológico que no había visto a su hija desde su nacimiento se opusiera efectivamente a su entrega en adopción).

[72] Al respecto, en la sentencia T-887 de 2009, se sostuvo que: "Es así como la Convención sobre los derechos del niño acentúa, de manera especial, que la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños y de las niñas. Desde esta perspectiva, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de las niñas y de los niños. El artículo 7º, prevé, a su turno, que la niñez tiene "derecho a conocer a sus padres y a ser criada por ellos, en la medida en que ello sea posible". El principio 6º de la Declaración de la ONU sobre los Derechos del Niño se pronuncia en sentido similar y determina que cuando resulte factible que los niños y las niñas permanezcan en su entorno familiar, así deberá ser. El mismo principio subraya que los niños o niñas sólo podrán ser separados de su familia biológica por motivos excepcionales".

[73] Sentencia T-510 de 2003 y T-887 de 2009.

[75] Sentencia T-408 de 1995. Posición reiterada en la Sentencia T-572 de 2009.

[76] Supra 3.5.1.

[77] Cfr. Sentencias T-576 de 2008, T-887 de 2009, T-557 de 2011 y T-012 de 2012.

[78] En la sentencia T-576 de 2008, sostuvo esta Corporación que una sociedad que no vela porque "sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro".

[79] Sentencia T-887 de 2009.

[80] Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

[81] Artículo 3

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.

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.

[82] Artículo 4

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

[83] Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

[84] En igual sentido, el preámbulo de la Convención Americana.

[85] El Comité de Derechos del Niño ha establecido la necesidad de integrar en la legislación, o bien, de efectivizar lo consagrado en la misma, como una de las recomendaciones principales para atender el interés superior del niño, inter alia, Informe

del Comité de Derechos del Niño en Paraguay, 2001; Informe el Comité de Derechos del Niño en Guatemala, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam, 2000; Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador, 1999; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia, 1998.

[86] Para consultar en detalle el contenido y origen normativo de estos criterios, ver los párrafos 4.1.1 – 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004.

[87] Supra 3.2.

[88] Gaceta del Congreso 345 de 2003.

[89] Cfr. Gacetas del Congreso 642 de 2003 y 111 de 2004.

[90] Cfr. Gacetas del Congreso 178 y 217 de 2004.

[92] Artículo 168 del Código Penal, modificado por la Ley 733 de 2002.

[93] Artículos 310 y 311 del Código Civil.

[94] Artículos 312 a 315 del Código Civil.

[95] Cfr. Sentencias T-474 de 1996 y C-997 de 2004.

[96] Supra 3.6.2.

[97] Cfr. Sentencia T-024 de 2009.

[98] Supra 3.7.

[99] Supra 3.7.3.

[100] Cfr. Sentencias T-523 de 1992 y T-500 de 1993.

[101] Cfr. Sentencia T-557 de 2011.

[102] Cfr. Sentencias T-024 de 2009 y T-884 de 2011.

[103] Cfr. Sentencia T-884 de 2011.

[104] Supra 3.4.

[105] Este Convenio y su ley aprobatoria fueron declarados exequibles en la Sentencia C-402 de 1995.

[106] Supra 3.6.2.

[107] Supra 3.6.2.

[108] El régimen de visitas puede ser acordado por ambos padres o, a falta de acuerdo, puede ser reglamentado por el Comisario de Familia (art. 86.5 del Código de la Infancia y de la Adolescencia). Si el acuerdo o la reglamentación no se cumplen, existen mecanismos como el incidente de reglamentación de visitas o las acciones correspondientes ante la jurisdicción de Familia (art. 5, literal d del Decreto Ley 2272 de 1989).

[109] Supra 3.2.

[110]BUSTOS RAMÍREZ, Juan: Lecciones de Derecho penal, Trotta, Madrid, 1997, pp. 65 y ss.

[112]AGUADO CORREA, Teresa: El principio de proporcionalidad en materia penal, Edersa, Madrid, 1999, p. 159.

[113]Sentencia de la Corte Constitucional C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

[114] En ese sentido las sentencias C-636 de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo. En igual forma: Sentencia C-647 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; C-226 de 2002 M.P. Alvaro Tafur Galvis; C-370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; C-762 de 2002 MP: Dr. Rodrigo Escobar Gil; C-489 de 2002 M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-312 de 2002, M.P.: Rodrigo Escobar Gil; C-355 de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería, M.P. Clara Inés Vargas Hernandez;C-897 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-988 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-575 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[115] Sentencia C-247 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[116] Sentencias C-636 de 2009 y C-742 de 2012.

[117] Sentencia C-636 de 2009. En el mismo sentido: C-647 de 2001, C-226 de 2002, C-370 de 2002, C-762 de 2002, C-489 de 2002, C-312 de 2002, C-355 de 2006, C-897 de 2005, C-988 de 2006 y C-575 de 2009.