

T-078A-16

Sentencia T-078A/16

SUBORDINACION E INDEFENSION-Diferencias

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES CUANDO EXISTE UNA RELACION DE INDEFENSION-Procedencia excepcional de personas privadas de la libertad para proteger derecho a la unidad familiar

La Sala observa que el padre recluso en una cárcel y al cual no le es permitida la visita de sus hijos, se halla, en principio, en un estado de indefensión respecto de la persona encargada del cuidado de los menores. Por lo tanto, con independencia de que se encuentre o no justificada la negativa a las visitas por parte del cuidador, es deber del juez constitucional el considerar la procedencia de la tutela en lo que tiene que ver con la calidad del sujeto pasivo sin que ello signifique el desconocimiento de los demás requisitos de procedencia establecidos en el ordenamiento jurídico.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Garantía ante la presencia de hijos menores de edad

PROTECCION CONSTITUCIONAL A LA FAMILIA-Importancia

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR-Titulares

Tanto los adultos como los menores son titulares del derecho a la unidad familiar, pero esta unidad cede cuando no cumple su función de generar un ambiente adecuado para el desarrollo de los derechos de los niños. Por otro lado, el que una persona se encuentre privada de la libertad no la excluye de sus deberes de afecto y educación frente a sus hijos, aunque su posibilidad de acción se vea limitada por la privación de su libertad. Del mismo modo, tal circunstancia no significa una pérdida de sus derechos fundamentales asociados a la familia.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Clasificación en tres grupos: derechos suspendidos, derechos intocables y derechos restringidos o limitados

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

Teniendo en cuenta el deber de garantizar el derecho a la unidad familiar del condenado dentro de los límites jurídicos que significa la privación de la libertad, la Ley se ha ocupado del derecho de los reclusos a mantener contacto con su núcleo familiar. Es así como el régimen de visitas y comunicaciones en las cárceles se encuentra regulado en el Título X del Código Penitenciario y Carcelario. En esta sección se indican los mecanismos de comunicación que pueden ser utilizados por los internos y deben serles proporcionados para contactarse con su núcleo social y familiar. También se fijan las condiciones y parámetros que deben observarse para las visitas presenciales en estos lugares.

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Garantía por establecimientos penitenciarios por medio de la autorización de las visitas de menores y adecuación de los escenarios de las visitas y las formas en que éstas deben ser llevadas a cabo

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS INTERNOS E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Visitas de menores de edad en establecimientos carcelarios

DERECHO FUNDAMENTAL A LA UNIDAD FAMILIAR DE MENORES DE EDAD-Visitas de menores de edad en establecimientos carcelarios

El derecho de los niños a no ser separados de su familia impone al Estado y a la sociedad una obligación negativa en el sentido de que estos no solo no deben ser sustraídos de la compañía de sus familiares sino que tampoco se les debe impedir el contacto con éstos. Por lo tanto, la separación de los niños de su familia solo puede darse cuando el mantenimiento de la unidad familiar pueda significar un riesgo para los derechos fundamentales del menor.

DERECHOS DEL NIÑO Y DE LOS PADRES A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA Y UNIDAD FAMILIAR-Vulneración cuando progenitora no permite visitas de hijo a padre privado de la libertad

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS INTERNOS E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-

Vulneración cuando progenitora no permite visitas de hijo a padre privado de la libertad

Si bien los niños son sujetos de especial protección constitucional, esta Sala entiende que el derecho a la unidad familiar debe protegerse en igual medida respecto de las personas mayores de edad siempre que tal garantía no signifique un riesgo o vulneración de los derechos fundamentales de los menores. Por consiguiente, quien injustificadamente separa a una familia u obstaculiza el contacto de un padre con su hijo, está vulnerando los derechos fundamentales de los niños y del padre. Estas situaciones, especialmente en el caso de las personas privadas de la libertad, deben ser evitadas por la importancia que la familia reviste en el desarrollo del menor y por el papel preponderante de esta institución en la resocialización del individuo que, por haber cometido un delito, se encuentra aislado de la sociedad y necesitado del afecto y el apoyo de quienes le son más cercanos.

REGIMEN DE VISITAS DE MENORES DE EDAD A CARCELES Y CENTROS DE RECLUSION-Reglas

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

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Orden a Defensoría Delegada adelante averiguaciones para determinar si se lleva a cabo visitas de hijos menores de edad al accionante

Referencia: expediente T-5186964

Acción de tutela interpuesta por Wilfredy Mejía Blanco contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Seccionales Bucaramanga y Barrancabermeja, la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario Carcelario, la Dirección Regional Oriente del INPEC y el Director, la Trabajadora Social del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de

Bucaramanga y Martha Liliana García.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

Bogotá D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo emitido por el Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga en el asunto de referencia.

I. ANTECEDENTES.

El señor Wilfredy Mejía Blanco interpuso acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Seccionales Bucaramanga y Barrancabermeja, la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario Carcelario, la Dirección Regional Oriente del INPEC, el Director y la Trabajadora Social del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga por considerar vulnerado su derecho y el de sus hijos a la unidad familiar.

El asunto fue seleccionado para revisión por la Sala de Selección Número Diez (10) de la Corte Constitucional, mediante Auto proferido el veintiocho (28) de octubre de dos mil quince (2015).

1. Hechos relevantes.

1.1. El actor se encuentra privado de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga, Santander, desde el 16 de octubre de 2012.

1.2. El señor Mejía Blanco tiene tres hijos menores de edad (dos niñas de 16 y 14 años y un niño de 12 años) que viven en la ciudad de Barrancabermeja[1], bajo el cuidado y tutoría de la madre de los mismos, la señora Martha Liliana García.

1.3. Indica el actor que no ha podido ver a sus hijos desde el 1º de noviembre de 2013 porque la señora Martha Liliana García se niega a llevarlos al lugar donde se encuentra recluido y tampoco autoriza que sean ingresados por un familiar común de los niños y el accionante. Además, informa que solo puede comunicarse con ellos por vía telefónica una vez al mes al no contar con los recursos suficientes para realizar más llamadas, a lo que se suma el hecho de que, según él, la comunicación solo es posible cuando la madre decide pasarlos al teléfono.

1.4. El actor sostiene que la madre, al negarle el contacto con sus hijos, está vulnerando su derecho y el de los menores a la unidad familiar[2].

2. Solicitud de Tutela.

A juicio del peticionario, la vulneración consiste en la falta de gestión de las entidades y funcionarios demandados para lograr el contacto efectivo con sus hijos así como en la negativa de la madre de llevarlos a visitarlo al establecimiento penitenciario. Para el solicitante, los accionados están incumpliendo con el deber de garantizar los derechos de los menores que la Constitución en su artículo 44 le impone al Estado.

3. Trámite procesal a partir de la acción de tutela.

3.1. Mediante Auto del 12 de junio de 2015, el Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga avocó el conocimiento de la acción de tutela, vinculó de manera oficiosa a la señora Martha Liliana García, a la señora Nelly Mejía Quintero[3] y al señor Cristóbal Mejía Romero[4] y ofició al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga para que informara y allegara “la reglamentación vigente para que los menores de edad puedan visitar a los progenitores que se encuentran privados de la libertad”.

4. Respuestas de las partes.

4.1. La Dirección Regional de Oriente del INPEC[5] señaló que no es competente para tramitar las solicitudes del accionante, toda vez que de acuerdo con el artículo 36 de la Ley 65 de 1993[6], “a los Directores de los establecimientos, que son los jefes de gobierno interno les compete responder por todo lo que acontezca en el establecimiento a su

cargo”[7]. Y agregó que en lo referente a las visitas del penal, le corresponde al Establecimiento Penitenciario de Bucaramanga determinar las condiciones de ingreso de los menores de acuerdo a su propio reglamento interno.

4.2. El Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga[8], respondió que de acuerdo al aplicativo web para la consulta de las visitas autorizadas al interno, tanto sus hijos como la señora Martha Liliana García, así como el padre y la tía del recluso (Cristóbal Mejía Romero y Nelly Mejía Quintero) se hallan autorizados para ingresar al penal a visitar al señor Mejía Blanco, por lo que no existe vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

4.3. La Dirección General del INPEC[9], por medio de su oficina jurídica, respondió que de conformidad con el artículo 36 de la Ley 65 de 1993 y el numeral 13 del artículo 30 del Decreto 4151 de 2011[10], le corresponde a los centros de reclusión y particularmente a sus directores atender las peticiones y consultas relacionadas con los asuntos de su competencia, teniendo en cuenta que las condiciones de ingreso se determinan en el reglamento interno de cada establecimiento.

4.4. La Dirección Regional de Santander del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[11] solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por existir “otro (sic) medios para poder resolver el derecho en (sic) tutelado (sic) como es la regulación de visitas” y por considerar que no hay vulneración de los derechos del demandante, ni de sus hijos, teniendo en cuenta que estos se están comunicando por vía telefónica una vez al mes.

Adicionó esta entidad, que la custodia de los menores está en cabeza de su progenitora, por lo que ella decide si permite o no a los niños ver a su padre. Asimismo, indicó que el ICBF no cuenta con las herramientas coercitivas para obligar a la mamá a llevar a los menores a visitar a su padre y, respecto que estos sean acompañados por los familiares del interno, encontró “muy complicado que una persona que no ejerza la custodia esté viajando con los niños una vez al mes de una ciudad a otra”. Agregó que el ingreso a un centro penitenciario puede significar una vulneración a los derechos de los menores.

Las demás partes vinculadas; i) la Trabajadora Social del Instituto Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga ii) la señora Martha Liliana García; iii) la señora Nelly Mejía Quintero, y el

señor iv) Cristóbal Mejía guardaron silencio sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Única instancia.

El Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga, mediante sentencia del 26 de junio de 2015, negó la protección invocada al considerar que la Ley busca alejar a los niños de la criminalidad, anotando que un establecimiento penitenciario no es un lugar ideal, adecuado ni idóneo para estrechar y afianzar lazos afectivos, además de que el recluso cuenta con otros medios de comunicación, como los establecidos en el artículo 72[12] de la Ley 1709 de 2014, que le permitirían estar en contacto con sus hijos. El Juzgado concluyó que la madre de los menores es quién se encuentra velando por el cuidado, protección y bienestar de sus hijos y que el señor Mejía Blanco, al incumplir con su obligación alimentaria (artículo 129,[13] del Código de la Infancia y la Adolescencia[14]), pierde el derecho a ser escuchado en las reclamaciones que pueda tener sobre la custodia y cuidado de los menores, así como en el ejercicio de otros derechos, por lo que la madre es quien tiene la potestad de decidir sobre el ingreso de los menores al establecimiento penitenciario[15]. La decisión no fue impugnada.

III. PRUEBAS EN SEDE DE INSTANCIA

De las pruebas que obran en el expediente se destaca el registro de los familiares del señor Wilfredy Mejía Blanco, que de acuerdo al aplicativo SISPEC WEB CONSULTA VISITA DE INTERNO están autorizados por el INPEC para visitar al accionante en el establecimiento penitenciario donde este se halla recluso. En la lista figuran sus tres hijos junto con la señoras Martha Liliana García, Nelly Mejía Quintero, Eneris Mejía Romero, Luisa Argeny Amaya Parra, Viviana Mirantes Ariza y el señor Cristóbal Mejía Quintero.

IV. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

Con el fin de tener certeza sobre el lugar de residencia de Martha Liliana García y obtener los elementos de juicio que permitan tomar una decisión de fondo, el Magistrado Sustanciador mediante auto del 19 de noviembre de 2015, resolvió decretar pruebas en los

siguientes términos:

“Primero.- ORDENAR al señor Wilfredy Mejía Blanco, que en el término de tres (3) días hábiles informe con claridad a la Corte Constitucional la dirección de residencia de la señora Martha Liliana García, la señora Nelly Mejía Quintero y el señor Cristóbal Mejía Quintero.

Segundo.- ORDENAR al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, indique de forma clara si, de acuerdo a la normatividad vigente y el reglamento interno del penal los hijos menores del Señor Wilfredy Mejía Blanco se encuentran habilitados para visitar a su padre en el establecimiento penitenciario en compañía de su madre la señora Martha Liliana García y, en su ausencia, del señor Cristóbal Mejía Quintero o la señora Nelly Mejía Quintero quienes son familiares tanto de los menores como del recluso.

Tercero.- ORDENAR a la señora Martha Liliana García que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto suministre copia del registro civil de sus hijos menores de edad cuyos nombres indica el señor Wilfredy Mejía Blanco en la acción de tutela por él presentada.

Cuarto.- ORDENAR a la señora Martha Liliana García que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto suministre copia del acto administrativo, acta de conciliación o providencia judicial donde se haya fijado la cuota alimentaria a cargo del señor Wilfredy Mejía Blanco y, en caso de que la cuota haya sido fijada, prueba sumaria de que el señor Blanco no ha cumplido con la cuota alimentaria.

Quinto.- ORDENAR al señor Wilfredy Mejía Blanco, que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto indique si en la actualidad cuenta con alguna fuente de ingresos, en caso afirmativo, el accionante debe proporcionar una relación de los mismos.

Sexto.- ORDENAR a la señora Martha Liliana García, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, que suministre copia del acto administrativo, acta de conciliación o providencia judicial donde se haya determinado la custodia de los menores y se hubiere establecido el régimen de visitas de los hijos que tiene con el señor Wilfredy Mejía Blanco.

Séptimo.- ORDENAR al señor Wilfredy Mejía Blanco que, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, indique si ha iniciado alguna acción administrativa o judicial distinta a la acción de tutela para obtener una reglamentación de visitas.

Octavo.- ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario que verifique el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 112A del Código Penitenciario y Carcelario por parte del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga en relación con las medidas de ambiente y seguridad que deben ser tomadas por el establecimiento para las visitas de los menores. En este sentido, el INPEC debe presentar, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, un informe donde dé cuenta del grado de cumplimiento de tales condiciones y mostrar fotografías del lugar dispuesto para las visitas de los menores de edad.

Noveno.- ORDENAR al INPEC que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto indique el delito o los delitos por los cuales se encuentra privado de la libertad el señor Wilfredy Mejía Blanco así como si este ha estado previamente privado de la libertad por otros delitos diferentes a aquellos por los cuales se encuentra recluido actualmente”.

Vencidos los términos correspondientes, no se recibieron las pruebas requeridas por ese tribunal, excepto la aclaración solicitada en la orden segunda de dicho Auto, la cual fue suministrada por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga, que indicó que los menores están habilitados para ingresar al penal en compañía de los adultos responsables relacionados en su respuesta: Nelly Mejía Quintero, Martha Liliana García Osorio y Edwin Hernández Rodríguez. No obstante, el Director del Establecimiento Penitenciario manifestó que los hijos del peticionario podrían ingresar a visitarlo siempre y cuando existiera autorización expresa de la señora Martha Liliana García por ser ella quien está a cargo de su custodia:

“En aras de velar por la protección y seguridad de todos los menores que ingresan a este penal a realizar la visita de su familiar, es necesario que estén debidamente autorizados por el padre a cargo de su custodia, o por su tutor legal, si así lo tuvieran, esto con el fin de garantizar que sea un adulto responsable quien se haga cargo de la tenencia y protección

del menor, durante el tiempo en el que se lleve cabo la visita del interno”[16].

Por otro lado, la Sala de Revisión debe advertir que con el fin de garantizar el interés superior de los menores involucrados en el caso concreto, estimó apropiado el acompañamiento del Ministerio Público. En consecuencia, se ordenó, por medio de Auto del 9 de febrero de 2016, el acompañamiento de este proceso por parte de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, y la Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor.

La Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor señaló que para la eventual autorización de visitas de los menores era necesario que se verificaran (i) las condiciones y garantías de seguridad en establecimientos penitenciarios señaladas en el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014, (ii) el delito cometido por el accionante y (iii) que se tuviera en cuenta la opinión de los niños y niñas sujetos de las medidas que se llegasen a implementar. Esta delegatura indicó que si bien se debían proteger los derechos del accionante y sus hijos, este contaba con mecanismos para regular el procedimiento de visitas.

Por su parte, la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia conceptuó que el amparo solicitado por el accionante debería ser concedido en aras de garantizar los derechos de los menores:

“La situación de privación de la libertad del señor Wilfredy Mejía Blanco, no puede configurarse en un factor habilitador para justificar el distanciamiento con sus hijos por cuanto ello significaría una limitación innecesaria, irrazonable y desproporcionada que: (i) no afecta el cumplimiento de la sanción sino por el contrario afianza la finalidad resocializadora de la misma; (ii) está plenamente justificada para mantener la unidad familiar que existe aún a pesar de la reclusión y (iii) posibilita el ejercicio efectivo del derecho a tener una familia y a no ser separado de ella de sus hijos en los términos de prevalencia y de interés superior que constitucionalmente se les reconoce por su minoría de edad”.

Asimismo, con el fin de garantizar que el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga cumpliera con los requisitos de seguridad establecidos en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993 y tener certeza de que el eventual ingreso de los menores no implicaría

un riesgo para su integridad, esta delegatura ordenó a la Procuradora Judicial II de Familia No. 161 de Bucaramanga que realizara una visita a este lugar y elaborara un informe respectivo el cual será remitido a esta Corporación al momento de su recibo.

Teniendo en cuenta el material probatorio presente en el proceso así como la respuesta presentada por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga, la Sala procederá a pronunciarse sobre el asunto bajo estudio.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer del fallo materia de revisión de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Problema jurídico.

Según los hechos narrados por el tutelante, la vulneración de sus derechos fundamentales y los de sus hijos tiene como fuentes; (i) la negativa de la madre a llevarlos a visitarlo en el establecimiento penitenciario junto con la ausencia de autorización para que estos sean acompañados por un familiar y; (ii) la falta de gestión de las autoridades accionadas[17] en el desarrollo de los trámites y actuaciones encaminados a que este pueda tener contacto con los menores. En consecuencia, corresponde a esta Corte determinar si tales actuaciones constituyen o no una vulneración del derecho fundamental a la unidad familiar del accionante y de sus hijos.

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, se abordarán los siguientes asuntos: (i) la procedencia de la acción de tutela contra las autoridades públicas y en especial contra particulares cuando se esté ante una situación de indefensión; (ii) el derecho fundamental a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad; (iii) el derecho fundamental de los niños y de las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella y la prevalencia de sus derechos fundamentales respecto a los demás y; (iv) se entrará a solucionar el caso concreto.

3. La procedencia de la acción de tutela contra las autoridades y en especial contra

particulares cuando se está en presencia de una situación de indefensión.

El inciso primero del artículo 86 de la Constitución, que consagra la acción de tutela, dispone que toda persona podrá reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales cuando quiera que estos se vean vulnerados o amenazados con la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. En este orden de ideas, resulta claro que cuando se trata de entidades estatales las cuales cuentan con los diferentes poderes y prerrogativas que les ha asignado el ordenamiento jurídico en los campos de su especialidad, la acción de tutela es procedente en cuanto a la calidad del sujeto pasivo.

Esta legitimación pasiva, que es fácilmente verificable en el caso de las autoridades públicas, exige unos requisitos adicionales cuando la acción de tutela es presentada en contra de particulares, donde la regla general es que este mecanismo de protección constitucional es improcedente. No obstante, el precitado artículo constitucional dispone que este recurso de amparo también podrá interponerse cuando quiera que exista una vulneración por parte de los particulares en ciertos casos, que están delimitados por el artículo 42[18] del Decreto Estatutario 2591 de 1991[19]. La acción de tutela procede de manera excepcional; (i) cuando el particular esté prestando un servicio público; (ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o; (iii) cuando el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto del particular que podría estar amenazando o vulnerando sus derechos fundamentales. La tercera situación exige que el juez de tutela verifique la relación entre quien interpone la tutela y el sujeto que supuestamente amenaza o vulnera sus derechos fundamentales.

La subordinación, en el sentido común de la palabra, significa la “sujeción a la orden, mando o dominio de alguien”[20]. En este caso la persona está sujeta, en menor o mayor medida, a la voluntad de otra, como el trabajador a su empleador o el militar a su superior jerárquico por cuanto el no cumplir los mandatos y reglas establecidas por la parte dominante le puede acarrear consecuencias negativas al subordinado[21].

“Es decir, el estado de indefensión se manifiesta cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular, se encuentra inerme o desamparada, esto es, sin medios físicos o jurídicos de defensa, o cuenta con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental[22]. De allí que

en cada caso concreto, debe el juez de tutela apreciar los hechos y circunstancias, con el fin de determinar si se está frente a una situación de indefensión, para que proceda la acción de tutela contra particulares[23].”[24]

Surge entonces la obligación del Estado de proteger a quien se ve en la imposibilidad de hacer valer sus derechos fundamentales de la misma manera en que lo haría una persona que no se encuentra en tales circunstancias desfavorables. Sobre este asunto, se indicó en sentencia C-134 de 1994, lo siguiente:

“Por otra parte, la acción de tutela contra particulares procede en las situaciones en que el solicitante se encuentre en estado de indefensión o de subordinación. Al igual que en el caso del servicio público, esta facultad tiene su fundamento jurídico en el derecho de igualdad, toda vez que quien se encuentra en alguna de las situaciones referidas no cuenta con las mismas posibilidades de defensa que otro particular. Por ello, el Estado debe acudir a su protección -en caso de haberse violado un derecho constitucional fundamental-, la cual no es otra cosa que una compensación entre el perjuicio sufrido y el amparo inmediato del derecho. Con todo, también debe advertirse que las situaciones de indefensión o de subordinación deben apreciarse en cada caso en concreto”.

Para la Sala resulta claro que cuando un padre o una madre están privados de la libertad, estos están en circunstancias desventajosas para lograr un contacto efectivo con sus hijos ante una eventual negativa de la persona encargada del cuidado de los mismos. Lo anterior por cuanto quien está privado de la libertad, por las limitaciones que dicha situación implica, puede ver disminuidas sus posibilidades materiales de oponerse efectivamente a la violación de sus derechos. Esta condición de indefensión se inscribe dentro de los supuestos de procedencia de la acción de tutela.

En este contexto, es pertinente traer a colación lo dicho por esta Corporación en la sentencia T-115 de 2014, cuando se pronunció sobre un caso en el que el padre acudía a la acción de tutela para lograr el contacto con sus hijos menores de edad.

“Así las cosas, la Sala encuentra que las facultades propias que se derivan del ejercicio de la custodia y el cuidado personal, sitúan a la madre en una posición de evidente ventaja sobre el padre de los niños, puesto que ella, amparada en el mismo ordenamiento jurídico, puede decidir y disponer sobre los horarios, las actividades, el tiempo y la autonomía de aquellos.

En ese orden, se observa que todas las conductas que se le atribuyen a Patricia orientadas a limitar la reunión entre Javier y sus hijos constituyen típicos ejemplos de lo anterior, como manifestaciones de la superioridad en el ejercicio del poder frente a estos últimos y que, como habrá de ser analizado por esta Sala, pueden desbordar el propio límite de las competencias parentales, sin que aparezca que el actor cuente con una vía adecuada para lograr una protección real y efectiva frente a dicha situación”.

En consideración a lo anterior, la Sala observa que el padre recluso en una cárcel y al cual no le es permitida la visita de sus hijos, se halla, en principio, en un estado de indefensión respecto de la persona encargada del cuidado de los menores. Por lo tanto, con independencia de que se encuentre o no justificada la negativa a las visitas por parte del cuidador, es deber del juez constitucional el considerar la procedencia de la tutela en lo que tiene que ver con la calidad del sujeto pasivo sin que ello signifique el desconocimiento de los demás requisitos de procedencia establecidos en el ordenamiento jurídico.

Así, el hecho de que un particular pueda ser sujeto pasivo de una acción de tutela, no significa que la misma deba considerarse procedente automáticamente. En efecto, debe verificarse el requisito de subsidiariedad dispuesto en el artículo 86 de la Carta, según el cual este mecanismo de amparo “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Este precepto constitucional, que debe ser tenido en cuenta por todos los jueces de tutela, ha sido reglamentado por el Decreto Estatutario 2591 de 1991, el cual ha precisado, en su artículo sexto, que la existencia de los mecanismos de defensa judicial “será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante”[25].

Sobre este particular, la Corte ha manifestado en la sentencia T-115 de 2014, que la acción de tutela “puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral,

resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable”[26]. (Negritas fuera del texto).

En este orden de ideas, se tiene que los asuntos relacionados con la custodia y visitas de los menores de edad son competencia del juez de familia y excepcionalmente de las autoridades administrativas. Según la Ley 1562 de 2012[27], estos tienen la competencia para conocer en única instancia de los asuntos relativos a la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes[28]. A su vez, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 96[29] de la Ley 1098 de 2006[30], son de competencia de los defensores y comisarios de familia los procedimientos administrativos atinentes a la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos de los niños. Así, corresponde al comisario de familia “Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar”[31].

En todo caso, puede suceder que a pesar de existir una reglamentación de visitas y por lo tanto unos horarios establecidos para el encuentro de los menores al padre privado de la custodia de estos, la persona encargada del cuidado de los menores obstaculice el contacto entre estos y su progenitor en un abierto desconocimiento al régimen acordado o establecido por el juez de familia. Por lo anterior, la Sala entiende que en casos extremos, como aquellos en los que uno de los padres está privado de la libertad, la regulación de visitas puede ser ignorada abriéndose la posibilidad de que las personas afectadas vean violentado su derecho fundamental a la unidad familiar.

Así, en un caso en que una madre incumplía el régimen de visitas fijado por un juez de la república, esta Corporación manifestó:

“Por otra parte, la Sala observa que en este caso no se trata de controvertir el régimen de visitas definido por mutuo acuerdo entre la partes y refrendado por el juez el 22 de febrero de 2013. A partir de una lectura de los hechos y pretensiones de la demanda, es posible concluir que lo que se cuestiona es la actitud y conducta de la madre de los niños, y que la solicitud de amparo se origina en factores de hecho, tales como la reticencia de aquella a cumplir el acuerdo. Por este motivo, lo que debe analizar la Corte en relación con la

subsidiariedad es si existen medios idóneos y eficaces en orden a garantizar el cumplimiento de la sentencia del 22 de febrero de 2013 y si fueron agotados por el peticionario, y no, si dicha providencia adolece de algún defecto, dado que ese no es el objeto del reproche”[32].

También puede darse la situación en la cual no exista una regulación judicial o privada del régimen de visitas por lo que el padre o la madre privados del contacto con sus hijos, en principio, podrían acudir ante el juez de familia, el defensor o el comisario de familia, puesto que como se dijo anteriormente, es a estas autoridades a quienes les corresponde la determinación de estos asuntos. Sin embargo, tales procesos pueden resultar ineficaces al momento de proteger los derechos de una persona que se encuentra en estado de indefensión respecto de quien está perpetrando la violación de sus derechos fundamentales por lo que en tales circunstancias deberá declararse la procedencia de la acción de tutela.

4. El derecho a la unidad familiar en el contexto de la privación de la libertad de uno de los miembros del núcleo familiar.

4.1. Titulares del derecho a la unidad familiar.

El artículo 42[33] de la Constitución define a la familia como el núcleo esencial de la sociedad. La precitada norma establece el deber de protección integral a la familia y se refiere a los derechos y deberes que tienen los padres para con sus hijos. Esta categoría de unidad fundamental de la sociedad, con el consecuente deber del estado y de la sociedad de protegerla, también está desarrollada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[34]. Así, son diferentes las normas de orden constitucional y legal que consagran a la familia como núcleo de la sociedad y propenden por su preservación en el Estado Social de Derecho.

Esta protección a la familia, además de ser desarrollada por la Ley, se encuentra en diferentes artículos de la Constitución que buscan garantizar el respeto a la familia así como mantener su unidad a pesar de las coyunturas de la modernidad o las propias actuaciones de sus miembros. Así por ejemplo, el artículo 43 establece una obligación especial de asistencia a la madre durante y después del embarazo, y dispone un subsidio para la madre desempleada o desamparada, mientras que el artículo 33[35] se refiere a la

garantía de no incriminación a los miembros de la familia que consiste en la posibilidad que tienen las personas de negarse a declarar en contra de su “cónyuge o compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Por su parte, el precitado artículo 42 se refiere a los deberes de los padres para con los hijos y dispone que “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. De donde se desprende que este deber de educación y sostenimiento en cabeza de los padres no se extingue con la disolución de la pareja de la cual resultaron los hijos, sino con la superación de la mayoría de edad de los mismos salvo que después de esta edad los mismos se encuentren impedidos.

Asimismo, los principales destinatarios de los deberes correlativos que implican los derechos y libertades de los niños consagrados en el artículo 44 de la Constitución y el capítulo II del Código de la Infancia y la Adolescencia, son los padres. Estos no solo están obligados a proporcionar las condiciones materiales de vida necesarias para el desarrollo integral de los menores sino que son los garantes de estos derechos ante las eventuales injerencias indebidas de terceras personas en la vida de los mismos.

Con todo, la unidad familiar no es un fin absoluto sino el medio para garantizar el desarrollo integral no solo de los niños sino de todos los miembros de esta. La familia es la primera instancia llamada a proporcionar a la persona los medios para el desarrollo de su proyecto de vida y el apoyo necesario para superar las adversidades. Es por esto que el ordenamiento jurídico avala la separación del núcleo familiar entre los padres y sus hijos cuando los primeros ponen en peligro o no pueden garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo de los derechos de los segundos. Si bien el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia reafirma lo consagrado en el artículo 44 de la Carta al disponer que los niños tienen derecho a no ser separados de su familia, el inciso segundo de esta norma legal dispone que “Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

En consideración a lo dicho, se tiene que tanto los adultos como los menores son titulares del derecho a la unidad familiar, pero esta unidad cede cuando no cumple su función de generar un ambiente adecuado para el desarrollo de los derechos de los niños. Por otro lado, el que una persona se encuentre privada de la libertad no la excluye de sus deberes de afecto y educación frente a sus hijos, aunque su posibilidad de acción se vea limitada por la privación de su libertad. Del mismo modo, tal circunstancia no significa una pérdida de sus derechos fundamentales asociados a la familia.

4.2. El régimen legal para las visitas de menores de edad a sus padres en establecimientos penitenciarios y carcelarios.

La pena privativa de la libertad como sanción penal trae consigo la limitación de ciertos derechos. No obstante, como lo señala el artículo 4 del Código Penal[36], esta no solo cumple una función punitiva sino que también tiene como fin la reinserción a la sociedad del condenado[37]. Es en la aplicación de esta función resocializadora que las autoridades deben velar porque el periodo en prisión no se convierta para el recluso en un obstáculo para reincorporarse a la sociedad una vez cumplida la pena.

Lo anterior se logra garantizando al condenado el desarrollo de sus derechos fundamentales en la mayor medida posible en consideración a las circunstancias de reclusión en las que se halla por la comisión del delito por el que fue juzgado. En consecuencia, el contacto con la familia y el núcleo social del individuo juega un papel preponderante en la vida del recluso, siendo a la vez un derecho fundamental y un factor de resocialización puesto que son los familiares las personas con las que el recluso tendrá contacto durante y después de su estadía en prisión, sirviendo como punto de enlace entre la vida en sociedad fuera de la prisión y la que lleva el individuo al interior del penal[38].

Aun así, dada la naturaleza de esta sanción penal, no es posible que todos los derechos del recluso sean desarrollados en la misma medida que podría predicarse de quienes no han sido reclusos en un establecimiento penitenciario. En efecto, este Tribunal ha precisado que algunos de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad se encuentran suspendidos o restringidos mientras que otros deben ser respetados y garantizados íntegramente por las autoridades[39].

Se puede decir entonces, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional[40], que los

derechos fundamentales de los internos pueden ser clasificados en tres categorías según el grado de afectación que los mismos sufren con ocasión de la inevitable reclusión del individuo. Así, durante el cumplimiento de la pena, unos de estos son suspendidos, otros restringidos y los demás permanecen inalterados.

La jurisprudencia de este Tribunal ha incluido dentro del catálogo de derechos suspendidos el voto, el ejercicio de cargos públicos y a la libre locomoción. Por su parte, los derechos restringidos o limitados están sujetos a tal grado de afectación porque la restricción de la libertad de locomoción hace imposible su desarrollo pleno, siendo necesarias tales restricciones con el fin de “contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles”[41]. Es en este segundo grupo que se ubica el derecho a la unidad familiar.

Si bien el derecho a la unidad familiar es de vital importancia en la función resocializadora de la pena, es claro que este no puede ser desarrollado a plenitud cuando una persona está privada de la libertad. Esto, debido a que la familia se ve forzosamente separada y, en consecuencia, no es posible que exista el contacto ni la convivencia permanente ideales en las relaciones familiares. Sobre la garantía de este derecho, esta Corporación manifestó lo siguiente:

“Así a pesar de ser la unidad familiar una de las garantías que resulta limitada con ocasión de la reclusión en un establecimiento carcelario, dicha limitación debe hacerse acorde con los lineamientos del tratamiento penitenciario, donde se debe ofrecer a los reclusos la posibilidad de una vez cumplida la pena, reincorporarse a la comunidad de la manera menos traumática posible. Es así como se debe propender por una adecuada resocialización de los internos, donde sin lugar a dudas juega un papel preponderante la familia de los mismos, pues dicho vínculo filial representa la mayoría de las veces su contacto con el mundo más allá del establecimiento donde se encuentran reclusos, más si se tiene en cuenta que el núcleo familiar será en la mayoría de los casos el lugar donde cada individuo retomará su vida por fuera del penal”[42].

Adicionalmente, en la Sentencia T-111 de 2015 este Tribunal, citando el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para las personas privadas de la libertad, expresó:

“Así, de acuerdo con lo explicado por la Comisión IDH para las personas privadas de libertad, el apoyo de sus familiares es esencial en muchos aspectos que van desde lo afectivo y emocional hasta el sustento material. A nivel emocional y psicológico, según resalta, el mantenimiento del contacto familiar es tan importante para los reclusos, que su ausencia se considera un factor objetivo que contribuye a incrementar el riesgo de que éstos recurran al suicidio[43].

En este orden de ideas, teniendo en cuenta el deber de garantizar el derecho a la unidad familiar del condenado dentro de los límites jurídicos que significa la privación de la libertad, la Ley se ha ocupado del derecho de los reclusos a mantener contacto con su núcleo familiar.

Es así como el régimen de visitas y comunicaciones en las cárceles se encuentra regulado en el Título X del Código Penitenciario y Carcelario[44]. En esta sección se indican los mecanismos de comunicación que pueden ser utilizados por los internos y deben serles proporcionados para contactarse con su núcleo social y familiar. También se fijan las condiciones y parámetros que deben observarse para las visitas presenciales en estos lugares.

Entre las diferentes disposiciones que regulan las visitas dentro de los establecimientos penitenciarios, el artículo 112 A del mencionado Código se ocupa de las visitas de los menores de edad:

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

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

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

Conforme a lo anterior, se observa que la ley prevé la garantía del derecho a la unidad familiar de los internos y de sus hijos, no solo por medio de la autorización de las visitas de menores a los establecimientos penitenciarios sino además, estableciendo deberes en cabeza de las autoridades carcelarias relacionados con la adecuación de los escenarios de las visitas y las formas en que estas deben ser llevadas a cabo.

4.3. El derecho fundamental de los menores de edad a la unidad familiar y la prevalencia de sus derechos fundamentales.

Los menores de edad, como seres humanos, son titulares de todos los derechos fundamentales consagrados en la Carta y en los tratados que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, por su corta edad se hallan en una situación desfavorable para procurarse por sí mismos los medios que hagan efectivo el desarrollo de estos derechos por lo que la Carta consagró, en su artículo 44, los derechos fundamentales especiales que los niños gozan por su condición.

Asimismo, el mencionado artículo 44[45], así como diferentes tratados internacionales[46] y la propia legislación colombiana, han dispuesto que en caso de conflicto entre los derechos de los menores y los de otras personas, prevalecerán los intereses de los primeros. El artículo 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia[47] dispone que: “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.

Ocupándose de la justificación de dicha prevalencia, este Tribunal manifestó en la sentencia T-397 de 2005:

“Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos

jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Recogiendo este axioma básico, consagrado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de sujetos de protección constitucional reforzada, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter superior y prevaleciente de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna”.

Teniendo clara la necesidad de garantizar los derechos de los menores por encima de los intereses de los demás miembros de la sociedad, es oportuno ocuparse de aquellos derechos especiales que la Constitución les reconoce por su condición:

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

De tal manera que el derecho de los niños a no ser separados de su familia impone al Estado y a la sociedad una obligación negativa en el sentido de que estos no solo no deben ser sustraídos de la compañía de sus familiares sino que tampoco se les debe impedir el contacto con estos.

Por lo tanto, la separación de los niños de su familia solo puede darse cuando el mantenimiento de la unidad familiar pueda significar un riesgo para los derechos fundamentales del menor: “Es decir, de acuerdo con el marco jurídico sobre la materia, existe una protección reforzada a la familia, en particular, cuando está conformada por niños y/o niñas, así como por la convivencia entre padres e hijos como elemento

fundamental de la vida familiar. Esta regla admite como excepción, que los niños o niñas puedan ser separados de sus padres y/o de su núcleo familiar, solamente cuando así lo imponga su interés superior”.[48]

Por su parte, el artículo 256 del Código Civil dispone que “Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes”. Asimismo, teniendo presente la eventualidad de la separación de los padres, la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”[49].

En consecuencia, el ordenamiento jurídico protege la unidad familiar desde la perspectiva del interés superior del menor al reconocer el derecho del niño y del padre que es separado de este a mantener contacto entre ellos siempre que tal situación no afecte negativamente los derechos fundamentales del hijo. Abordando el problema desde el derecho de los niños a mantener contacto con sus padres cuando estos están separados, la Corte manifestó en la sentencia C-239 de 2014:

“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”.

Por otro lado, ocupándose de la problemática de la unidad familiar desde la perspectiva de

los derechos y deberes del padre que es separado de sus hijos, la Corte expresó en sentencia T-115 de 2014:

“En distintos casos, puede generarse una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, y ésta a su vez, originar, por motivos evidentes, que el derecho de custodia y cuidado personal quede en cabeza de uno de ellos, mientras el otro conserva el derecho de visitas. Si bien este evento puede considerarse como una alteración al entorno familiar de un niño que conocía otra configuración del grupo, no por ello la escisión ha de ocasionar la ruptura de los lazos familiares, pues precisamente frente a situaciones como éstas deben aplicarse los postulados convencionales, constitucionales y legales de protección a la familia. Este tipo de separaciones, siempre que no estén relacionadas con la pérdida de la patria potestad o de la autoridad paterna, de ninguna manera implican pérdidas sobre los derechos y deberes de crianza, cuidado y acompañamiento, por lo que el padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos”.

Resulta claro que los niños gozan de una especial protección en lo que se refiere al derecho a tener una familia y no ser separados de ella. Esta garantía de no separación va acompañada del examen que el funcionario respectivo debe hacer sobre la conveniencia de la permanencia del menor con su núcleo familiar en lo que tiene que ver con el desarrollo de los otros derechos fundamentales de los que este es titular. De tal manera que el contacto de un menor con sus padres solo deberá evitarse cuanto el mismo ponga en riesgo el desarrollo armónico e integral del primero.

Sin embargo, el que se deba garantizar el interés superior del menor en las decisiones relativas al contacto con sus familiares, no significa que no se deban tener en cuenta los derechos fundamentales de los progenitores que han sido separados de este y buscan encontrarse con él. Por consiguiente, el mandato de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes solo debe aplicarse en caso de conflicto entre los derechos de estos y los de los demás, es decir, cuando el encuentro de un hijo con su padre pueda implicarle al primero un riesgo o una vulneración de sus derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta que la visita de un hijo a sus padres solo debe ser evitada cuando la misma suponga una vulneración o una amenaza a los derechos fundamentales del primero,

se tiene que a la madre o al padre que le es asignada la custodia de un menor, no solo debe propender por el contacto con el otro sino que, además, debe evitar los comportamientos que debiliten los vínculos de afecto que se dan entre los hijos y el padre separado:

“Considerando que un niño ha de gozar de una protección especial y debe disponer de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad,[50] los progenitores deben evitar todo comportamiento que quebrante o debilite los vínculos familiares, tales como aquellos que paralicen el contacto y la comunicación libre y directa entre sus miembros, o los que privilegien la exposición deslucida o degradante de uno de ellos, como quiera que este tipo de contextos generan graves grietas en la unidad familiar, impidiendo el desarrollo integral de los hijos en el marco de la protección constitucional a los derechos de la infancia”[51].

Así, al ser el derecho a la unidad familiar un derecho de doble vía, la madre o el padre que injustificadamente impiden el contacto de sus hijos con su progenitor no solo están vulnerando el derecho del menor a tener una familia y a no ser separado de esta sino también el derecho a la unidad familiar del que es titular el padre separado y que en el caso de las personas privadas de la libertad cobra una especial relevancia por ser la familia el punto de contacto con la sociedad afuera del establecimiento penitenciario y con quienes el recluso espera rehacer su vida una vez haya cumplido la pena:

“Así pues, se trata de un derecho de doble vía, donde convergen los derechos de los hijos menores, y al mismo tiempo, los de cada uno los padres, derechos que, entre otras cosas, deben ser respetados en un contexto de alteridad y acatamiento. A modo de ilustración, en relación con el derecho particular de visitas, como una de las formas para asegurar el mantenimiento de los vínculos familiares, esta Corporación ha manifestado que el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia”.[52]

En conclusión, si bien los niños son sujetos de especial protección constitucional, esta Sala entiende que el derecho a la unidad familiar debe protegerse en igual medida respecto de las personas mayores de edad siempre que tal garantía no signifique un riesgo o

vulneración de los derechos fundamentales de los menores. Por consiguiente, quien injustificadamente separa a una familia u obstaculiza el contacto de un padre con su hijo, está vulnerando los derechos fundamentales de los niños y del padre. Estas situaciones, especialmente en el caso de las personas privadas de la libertad, deben ser evitadas por la importancia que la familia reviste en el desarrollo del menor y por el papel preponderante de esta institución en la resocialización del individuo que, por haber cometido un delito, se encuentra aislado de la sociedad y necesitado del afecto y el apoyo de quienes le son más cercanos.

4.4. Las condiciones especiales de seguridad para los menores que visitan un establecimiento penitenciario y carcelario.

Como se mencionó anteriormente, el artículo 112 A de la Ley 65 de 1993, que se refiere a las condiciones ambientales y de seguridad que deben observarse para la visita de menores de edad a los establecimientos penitenciarios, reguló la materia con el fin de garantizar los derechos fundamentales de los niños en estas circunstancias. Sobre este particular, se ocupó la Corte en la sentencia C-026 de 2016 que declaró la exequibilidad condicionada del mencionado artículo refiriéndose, entre otras cosas, a las condiciones mínimas que de acuerdo a la ley debían estar dispuestas en los establecimientos penitenciarios, en este sentido se determinó que la visita de menores a estos lugares debe llevarse a cabo por lo menos, bajo la observancia de las siguientes reglas:

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

Por otro lado, el artículo 44 de la Constitución, al ocuparse de los derechos de los niños, dispone que estos “Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. Por su parte, el artículo 42 de la Carta, establece que “Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley”.

Por su parte, el artículo 5 de la ley 1098 de 2008, al referirse a las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, dispone que las autoridades competentes, cuando hayan verificado la existencia de un caso de violencia intrafamiliar, podrán, entre otros, “a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, cuando su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;”, o “b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima (...)”.

A su vez, el inciso adicional del artículo 51 del Código Penal, que se refiere a la duración de las penas privativas de otros derechos diferentes a la privación de la libertad, dispone que “La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más”[53].

Asimismo, cabe mencionar que la referida sentencia de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional se ocupó, entre otras cosas, de la cuestión relacionada con el tipo de crimen cometido por el interno que solicita la presencia de sus hijos, estableciendo una serie de restricciones y un procedimiento especial para la autorización de tales visitas cuando se ha perpetrado un delito cuya víctima haya sido un menor de edad, estableciendo que en estos casos la visita deberá “ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad, previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita”.

5. El caso concreto.

5.1. Procedencia.

Como se mencionó en la sección 3 de esta providencia, no cabe duda de que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, las autoridades pueden ser, por regla general, sujetos pasivos de la acción de tutela. Tal es el caso del INPEC y el ICBF que ostentan el carácter de autoridades administrativas en materia carcelaria y de familia, respectivamente.

“ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario que verifique el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 112A del Código Penitenciario y Carcelario por parte del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga en relación con las medidas de ambiente y seguridad que deben ser tomadas por el establecimiento para las visitas de los menores. En este sentido, el INPEC debe presentar, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del presente auto, un informe donde dé cuenta del grado de cumplimiento de tales condiciones y mostrar fotografías del lugar dispuesto para las visitas de los menores de edad.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 112A del Código Penitenciario y Carcelario dispone, entre otras cosas, que; (i) los días de visita de los niños no deberán coincidir con aquellos en que tienen lugar las visitas íntimas; (ii) durante los días de visitas de los niños se observarán mecanismos de seguridad diferenciados y especiales, y que; (iii) los establecimientos de reclusión deberán contar con lugares especiales para recibir las visitas de los niños, diferentes de las celdas y o dormitorios, los cuales deben contar con vigilancia permanente.

Asimismo, tanto la Dirección General como la Dirección Regional de Oriente del INPEC respondieron que de acuerdo a la normatividad vigente[54] no les correspondía autorizar o denegar el ingreso de los menores, sino que esta es una facultad del establecimiento penitenciario donde el actor está recluso. Por su parte, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga afirmó que el ingreso de los menores se encontraba autorizado. En tal ocasión, esta parte accionada comentó, refiriéndose al señor Wilfredy Mejía Blanco, que “se observa que tiene inscrita toda su familia y familiares e hijos lo que conlleva a su ingreso según lo establecido en la reglamentación antes mencionada”[55].

No cabe duda de que las entidades estatales pueden ser sujetos pasivos en la acción de

tutela, en efecto, tanto el ICBF como el INPEC son autoridades públicas por lo que de acuerdo al artículo 86 de la Carta, el señor Wilfredy Mejía Blanco podría interponer este recurso de amparo contra estas entidades por considerar que sus acciones u omisiones están vulnerando sus derechos fundamentales: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. (Negrillas fuera del texto).

Por otro lado, se debe verificar la procedencia de este mecanismo de amparo respecto de la señora Martha Liliana García, puesto que al ser ella una persona natural sin carácter de autoridad o prestadora de un servicio público, han de observarse unas condiciones especiales para la procedencia de la acción de tutela por ser esta una posibilidad excepcional a la luz del numeral 4 del artículo 42[56] del Decreto Estatutario 2591 de 1991. Es decir, debe verificarse si el señor Wilfredy Mejía Blanco se encuentra en un estado de subordinación o indefensión respecto de quien presuntamente está desplegando la conducta violatoria de sus derechos fundamentales.

Según los hechos relatados por el peticionario, la señora Martha Liliana García es quien está desplegando la conducta que podría estar violentando los derechos fundamentales del actor y de sus menores hijos. Lo anterior por cuanto de acuerdo a las respuestas allegadas al Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga y a esta Corporación, las entidades accionadas no están impidiendo el ingreso de los menores al establecimiento penitenciario, siendo en todo caso, imposible su acceso sin el acompañamiento de la madre o de un adulto responsable autorizado por esta para tal efecto.

En el caso concreto, se observa que señor Wilfredy Mejía Blanco, al estar privado de la custodia de los menores y estando recluso en un establecimiento penitenciario, se ve en una condición de indefensión para hacer valer sus derechos respecto a las actuaciones de quien los tiene a su cuidado. El accionante no cuenta con la posibilidad de ir a donde están sus hijos para exigir su presencia y tampoco tiene la garantía de comunicación por vía telefónica porque la madre puede negarse fácilmente a pasarlos o simplemente evitar contestar las llamadas. No obstante, debe advertirse que la señora Martha Liliana García no

respondió a la acción de tutela como tampoco lo hicieron los familiares del accionante que fueron vinculados al proceso, por lo que no es posible para esta Corporación, verificar las razones por las que la madre se opone al contacto del recluso con sus hijos.

Teniendo en cuenta el evidente estado de indefensión del peticionario respecto de la persona que podría estar vulnerando sus derechos fundamentales y los de sus hijos, esta Sala estima que tanto las autoridades penitenciarias así como la madre de los menores, pueden ser sujetos pasivos de esta acción por lo que procederá a revisar si la tutela debe considerarse procedente en un sentido objetivo respecto a la presencia o no de mecanismos idóneos y efectivos para garantizar la protección del derecho invocado.

Así, en la verificación sobre la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, se observa que, según la Ley 1562 de 2012[57], los jueces de familia tienen la competencia para conocer en única instancia de los asuntos relativos a la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes[58]. En efecto, cuando se acude a la jurisdicción ordinaria para obtener la regulación de visitas, el objeto de dicho proceso es que se establezcan las condiciones en las que el padre que no detenta la custodia de sus hijos puede estar con ellos, siendo trascendental en dicho régimen la periodicidad autorizada para el contacto entre los familiares separados. Sobre este particular, la Corte manifestó:

“La reglamentación y regulación de visitas, es un sistema por medio del cual se trata de mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En principio, las visitas pueden ser acordadas por la pareja según las circunstancias concretas del caso, con aprobación del funcionario correspondiente o, en su defecto, fijadas por el juez, después de un estudio detallado de la conveniencia, tanto para el menor, como para cada uno de sus padres”.[59]

Con todo, esta regulación de visitas, en caso de haber existido, se desfigura cuando uno de los padres es privado de la libertad ya que la periodicidad así como los lugares y condiciones de encuentro se hallan sujetos a las disposiciones legales que regulan el ingreso de menores de edad a los establecimientos penitenciarios. Poco importa si un padre privado de la libertad tenía un régimen de cuatro encuentros al mes cuando la Ley dispone que las personas reclusas en establecimientos penitenciarios y carcelarios solo podrán

recibir a sus hijos una vez cada mes. Se trata entonces, de una regulación legal del régimen de visitas de las personas privadas de la libertad que en el caso concreto está principalmente delimitado en el artículo 112 A del Código Penitenciario y Carcelario que dispone que: “Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas”[60]. (Negrillas fuera del texto).

Tal es la situación del accionante, dado que aunque no se tenga certeza sobre la existencia o no de un régimen de visitas, la Sala advierte que en el caso de las personas privadas de la libertad este es un mecanismo inidóneo por cuanto la Ley prevé de antemano la periodicidad y los escenarios en los que tales encuentros tendrán lugar en procura de la salvaguarda del derecho a la unidad familiar de las personas que han sido privadas de la libertad y de los menores afectados por estas circunstancias. Por lo anterior, la Sala procederá a revisar el asunto de fondo entendiéndose que la acción de tutela es procedente en el caso concreto.

5.2. Presunta vulneración de los derechos del accionante.

Como se mencionó, los derechos de las personas privadas de la libertad pueden verse suspendidos, restringidos o no sufrir afectación alguna en razón a la reclusión de la persona que ha sido condenada penalmente. El derecho a la unidad familiar hace parte de la categoría de los derechos que se hallan restringidos.

Es indudable que el contacto con la familia juega un papel preponderante en el proceso de resocialización de la persona que es privada de la libertad. Por tanto, si se tiene en cuenta que una de las funciones de la pena es la resocialización del individuo, se ha de concluir que la presencia de la familia es de vital importancia para el cumplimiento del mencionado fin de la pena privativa de la libertad. Refiriéndose al artículo 143 de la Ley 65 de 1993, el cual propende por un tratamiento penitenciario de conformidad con la dignidad humana y establece que el mantenimiento de las relaciones familiares es uno de los criterios de verificación de este trato, esta Corporación manifestó:

“El contenido de este artículo sobre el tratamiento penitenciario debe leerse teniendo en cuenta el objetivo del mismo, éste es, preparar al condenado mediante su resocialización

para la vida en libertad (artículo 42 de la Ley 65 de 1993). Es decir, que una de las formas de resocializar al individuo para su integración en la comunidad es mantener y afianzar los lazos familiares mientras dure su permanencia en un centro carcelario.”[61] (Negrillas fuera del texto).

A pesar de que la función resocializadora de la pena hace más urgente la protección del derecho a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad, este Tribunal considera que el mismo es un derecho que debe protegerse por su valor intrínseco más allá de que el contacto familiar pueda significarle al recluso unas mayores posibilidades de resocialización.

El interno, en tanto ser humano, es titular de este derecho a la unidad familiar. Por lo tanto, sujetar la exigibilidad del mismo a su valor resocializador equivaldría a desconocer su carácter iusfundamental donde las personas tienen derecho a su disfrute por el simple hecho de ser seres humanos y no porque la garantía del mismo pueda servir como fin a otros propósitos, como por ejemplo, la resocialización tras el cumplimiento de una pena privativa de la libertad.

Sobre este particular, manifestó esta Corporación:

“Tiene esta Corte la convicción de que, siendo necesario para mantener la convivencia en el seno de la sociedad que el Estado goce del poder suficiente para imponer sanciones a quienes infrinjan la ley, y existiendo en nuestro ordenamiento la posibilidad de que una de las formas de penalización implique la privación de la libertad del condenado, éste sigue siendo, en todo caso, una persona humana cuya dignidad debe ser respetada en el curso de la ejecución de la pena impuesta, y sus derechos fundamentales -aunque algunos de ellos, como el de la libertad personal, deban necesariamente sufrir la restricción inherente al castigo- siguen siendo exigibles y pueden ser reclamados ante los jueces por la vía del amparo, si se los vulnera o amenaza”.[62]

Y, en relación con la incidencia de la protección del derecho a la unidad familiar respecto a otros derechos, agregó:

En este orden de ideas, la restricción del derecho a la unidad familiar del interno no implica la falta absoluta de contacto presencial con su núcleo familiar sino la garantía de

realización de los encuentros familiares en la medida de lo posible.

Consecuentemente la Ley reconoce el derecho de los reclusos a ser visitados y se refiere específicamente a las condiciones en que deben darse los encuentros de los internos con sus hijos menores de edad. En este sentido, el artículo 112A de la ley 65 de 1993 es claro al disponer que “Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas (...) por lo menos una vez al mes”. Por lo tanto, este Tribunal entiende que el señor Wilfredy Mejía Blanco tiene derecho a recibir las visitas de sus hijos menores en los términos establecidos en la ley, esto es, con la observancia por parte de las autoridades de los parámetros de seguridad señalados y en la frecuencia mensual fijada en el Código Penitenciario y Carcelario. Con todo, la misma norma dispone una serie de condiciones a dichas visitas con el fin de garantizar el interés prevalente del menor por lo que estos “deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable”.

Ahora bien, al no tener respuesta de la madre ni de los familiares de los menores, la Corte no puede tener certeza sobre la razones que esta podría tener para, supuestamente, oponerse a dicho contacto, las que pueden ser justificadas o no en función del riesgo que tales encuentros puedan significar para los derechos fundamentales de sus hijos.

En conclusión, este Tribunal encuentra que el señor Wilfredy Mejía Blanco cuenta con el derecho a la unidad familiar, cuya realización se logra con el contacto con sus hijos en los términos permitidos por la Ley para el caso de las personas privadas de la libertad. No obstante, debe la Sala verificar, en virtud del mandato de prevalencia de los derechos de los niños, que la protección del derecho invocado no implica un riesgo para los derechos fundamentales de los menores de edad en el caso concreto.

5.3. Posible conflicto entre los derechos de los menores y los de su padre:

La Corte considera, al tenor de la normatividad constitucional y legal citada en esta providencia, que al ser los menores de edad sujetos de especial protección constitucional, la protección de los derechos del accionante debe ceder en caso de que exista conflicto entre esta y los derechos fundamentales de los niños. En orden a determinar si en el caso concreto pueden verse comprometidos los derechos fundamentales de los hijos del peticionario, la Sala se ocupará de (i) el riesgo que puede implicar para los derechos

fundamentales de los menores el ingreso al Establecimiento Penitenciario de Bucaramanga; (ii) la verificación de las condiciones personales de los menores por parte de la Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor, y; (iii) la posibilidad de que el accionante haya sido privado de la libertad por un delito que permita inferir un mayor riesgo para los derechos de los menores y que, en consecuencia, se requiera de un trámite especial para la autorización de visitas.

5.3.1. El riesgo que puede implicar para los derechos fundamentales de los menores el ingreso al Establecimiento Penitenciario de Bucaramanga.

En orden a determinar si el ingreso de los hijos del actor al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga puede derivar en una vulneración de sus derechos fundamentales, la Sala comenzará por abordar los reparos del ICBF junto con las observaciones del Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga que conoció el caso en primera instancia, en relación con la conveniencia de las visitas de los niños al centro de reclusión donde está su padre. Posteriormente, este Tribunal se referirá a las condiciones especiales fijadas por la Ley y por la jurisprudencia para garantizar la integridad de los niños y adolescentes en estos casos. Finalmente, se realizarán unas consideraciones en torno a la necesidad de garantizar que los preceptos legales en materia de seguridad sean cumplidos a cabalidad por las autoridades carcelarias.

Dicho lo anterior, es pertinente traer a colación lo expresado por el Juez Segundo de Familia de Bucaramanga como uno de los argumentos para negar el amparo solicitado por Wilfredy Mejía Blanco. Al considerar que la entrada de los niños al establecimiento penitenciario iría en contra de los mejores intereses de los mismos y pondría en riesgo sus derechos fundamentales, manifestó lo siguiente:

“A la luz de los principios, valores y derechos consagrados en la Constitución implica que el legislador, en cumplimiento de los mandatos que la misma Carta le impuso, busca separar a los niños de la criminalidad independientemente de la forma que esta adquiera y de los motivos o circunstancias que llevaron al padre de los menores a cometer una conducta punible”[64]

En el mismo sentido, el Juez de Familia y el ICBF coinciden en que la visita al establecimiento penitenciario puede implicar una vulneración de los derechos

fundamentales de los hijos del peticionario, manifestando que “para nadie es un secreto que no es el sitio ideal, adecuado e idóneo para estrechar y afianzar los lazos afectivos, que se encuentran en proceso de construcción”[65] y que “para nadie es conocido[66] que ingresar a un centro penitenciario puede causar cierto (sic) vulneración hacia los niños”[67] (subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Sentencia C-026 de 2016, que revisó la constitucionalidad del artículo 112A del Código Penitenciario, se refirió al procedimiento especial para la autorización de estas visitas cuando el padre o la madre que se encuentran reclusos han incurrido en delitos cuya víctima haya sido un menor de edad en cuyo caso la misma deberá “ser autorizada por el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad previa valoración: (i) de la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) de las condiciones personales del recluso; (iii) del comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) de la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) de la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita”.

Teniendo en cuenta este panorama normativo y jurisprudencial, la Corte considera que la Ley y la jurisprudencia han previsto los mecanismos idóneos para garantizar los derechos fundamentales de los niños y los reclusos cuando se ha dado la separación del núcleo familiar por la privación de la libertad del padre o la madre de familia. En efecto, el legislador es consciente del deber estatal de proteger los derechos fundamentales de los menores durante sus visitas a estos establecimientos y a su vez reconoce que debe primar el derecho a la unidad familiar al permitirlos, siempre con la observancia de los parámetros dispuestos para la preservación de su integridad física y moral.

En este orden de ideas, la Corte entiende que la visita de los hijos de Wilfredy Mejía Blanco al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga no implica en sí misma un riesgo para los derechos fundamentales de estos, siempre que se observen las medidas de seguridad para el ingreso de los hijos del actor de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo 112A del Código Penitenciario y Carcelario y en la sentencia C-026 de 2016.

5.3.2. La verificación de las condiciones personales de los menores por parte de la Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor.

En este punto del análisis, cabe delimitar el rol de las entidades demandadas en lo concerniente a la autorización de acceso al lugar donde está recluso el accionante. En este orden de ideas, se tiene que ni al INPEC ni al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga les corresponde decidir sobre si autorizan o no las visitas de los menores en el sentido de que estas entidades no pueden obligar a la madre o al custodio de estos a trasladarlos al centro de reclusión, ya que esto escapa a sus competencias legales.

Las obligaciones de estas autoridades consisten en permitir la entrada de los menores con arreglo a la ley y en garantizar que las visitas tengan lugar en escenarios de condiciones dignas que no representen un riesgo para sus derechos fundamentales. En este contexto, la Sala observa que estas entidades no están obstaculizando en forma alguna la entrada de los hijos del peticionario sino que este está condicionado a que la madre o la persona encargada de su custodia y cuidado personal emita la autorización correspondiente indicando en ella los nombres de los adultos que se harán cargo de los hijos del actor durante su visita al lugar. Por esta razón, la vulneración del derecho a la unidad familiar de estos y del accionante, tendría como fuente la presunta negativa de la madre a autorizar su acompañamiento por un adulto responsable y no a la falta de gestión de las autoridades carcelarias y de familia.

Como se observa en la respuesta presentada por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga, los menores están autorizados para la entrada a este lugar siempre que estén acompañados por uno de los adultos responsables que también están relacionados en el registro de visitantes del recluso:

“(…) a la fecha los menores hijos del interno Pedro, Juanita y María[68], se encuentran registrados e inscritos en la planilla de visitas al tutelista, como así mismo se encuentran debidamente vinculados a este registro sus familiares como RESPONSABLES DEL MENOR: Nelly Mejía Quintero, Martha Liliana García Osorio y Edwin Hernández Rodríguez, los cuales se encuentran HABILITADOS PARA INGRESAR LOS MENORES A VISITAR A SU PADRE, por estar activos en el aplicativo SISPEC WEB CONSULTA VISITA DE INTERNO”.

Adicionalmente, debe reiterarse que sin la autorización de la madre, no es posible la visita de los hijos del interno a pesar de que los familiares de estos se encuentren registrados y autorizados como visitantes. En efecto, el artículo 112A del Código Penitenciario y

Carcelario dispone que “Los menores de 18 años deberán estar acompañados durante la visita de su tutor o tutora o, en todo caso, de un adulto responsable”. No obstante, la Corte advierte que no basta con que el menor ingrese con un adulto habilitado para visitar el establecimiento penitenciario, es necesario que esta persona esté encargada del menor y que por lo tanto su cuidado temporal haya sido delegado por quien detenta su cuidado y custodia. Así lo afirmó el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga al ser preguntado por esta Corporación sobre los requisitos necesarios para el contacto del accionante con sus hijos:

“En aras de velar por la protección y seguridad de todos los menores que ingresan a este penal a realizar la visita de su familiar, es necesario que estén debidamente autorizados por el padre a cargo de su custodia, o por su tutor legal, si así lo tuvieren, esto con el fin de garantizar que sea un adulto responsable quien se haga cargo de la tenencia y protección del menor, durante el tiempo en el que se lleve cabo la visita del interno”[69]. (Negrillas fuera del texto).

En consideración a estas afirmaciones, se observa que las autoridades mencionadas no están vulnerando derecho fundamental alguno puesto que la verificación de la condición de que los menores visiten a su padre en compañía de un adulto responsable se encuentra establecida en el artículo 112A del Código Penitenciario y Carcelario cuyo fin es el de proteger los intereses superiores de los menores.

En este orden de ideas, la Corporación observa que la falta de contacto entre el accionante y sus hijos tiene como fuente la negativa de la madre a que estos visiten a su padre puesto que sin la autorización emitida por ella, no es posible su entrada al establecimiento penitenciario. Sin embargo, y al no haber obtenido respuesta alguna de parte de la madre de los menores o de los familiares del peticionario sobre los hechos relatados en la acción de tutela, no es posible determinar si en efecto existe tal negativa o si, en caso de oponerse la madre a estas visitas, existen razones legítimas para impedir dichas reuniones en procura de la garantía de los derechos de los menores, sobre quienes tampoco se sabe si están en las condiciones psicológicas adecuadas para visitar el establecimiento penitenciario o si es su deseo ir a dicho lugar.

Dicho esto, si bien es claro que se debe garantizar el derecho del peticionario a la unidad

familiar, esta Corporación no puede autorizar las visitas de los hijos de Wilfredy Mejía blanco sin que antes se verifiquen las condiciones personales de los niños y se les haya preguntado a estos si están en disposición de visitar a su padre en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que entre las funciones de la Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor se encuentra la de “Hacer las observaciones y recomendaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los adolescentes”[70], se ordenará a esta delegatura que con el apoyo de los funcionarios especializados de esta institución[71] realice una visita a Martha Liliana García y a sus hijos para que se entrevisten con ellos y determinen las circunstancias que llevaron a la madre a oponerse a la entrada de los niños al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga así como si estos están en disposición y condiciones de visitar a su padre teniendo en cuenta que, como lo ordena el artículo 26 del Código de la Infancia y la Adolescencia: “En toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta.”

Vb

5.3.3. La posibilidad de que el reclamante se encuentre privado por un delito que permita inferir un mayor riesgo para los derechos de los menores y que, en consecuencia, se requiera de un trámite especial para la autorización de visitas.

Teniendo en cuenta que en la mencionada providencia se estableció un procedimiento judicial para la autorización de visitas cuando el padre o la madre reclusos han estado involucrados en delitos contra la familia o contra la integridad, libertad y la formación sexual de menores de edad, se ordenará a la Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor la verificación del delito cometido por el accionante. En caso de que el peticionario haya sido privado de la libertad por alguno de los delitos mencionados, y que puedan implicar un riesgo excepcional para los derechos fundamentales de los niños, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga deberá abstenerse de permitir la entrada de los hijos del accionante hasta tanto no se haya surtido el trámite judicial de autorización de visitas ante el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondiente.

En orden a determinar si concede o no la autorización de visitas, el Juez de Ejecución y Penas y Medidas de Seguridad competente, de conformidad con lo ordenado en la parte resolutive de la sentencia C-026 de 2016, deberá tener en cuenta: (i) la gravedad y modalidad de la conducta delictiva; (ii) las condiciones personales del recluso; (iii) el comportamiento observado durante su permanencia en el establecimiento carcelario, (iv) la existencia de condenas vigentes por delitos de la misma naturaleza; y (v) la condición de víctima del menor o de los menores sobre los cuales se pretenda extender la solicitud de visita.

Una vez realizadas las averiguaciones pertinentes, Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor deberá presentar un informe dirigido al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga en donde, teniendo en cuenta los parámetros mencionados en los párrafos anteriores, se indique sí (i) el accionante ha sido privado de la libertad por algún delito contra la familia o la libertad, la integridad y la formación sexual de menores de edad y, (ii) si existe alguna circunstancia ajena al delito por el cual se halla recluso el actor que pueda significar un riesgo para los derechos fundamentales de los menores en caso de que estos visiten a su padre.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el veintiséis (26) de junio de dos mil quince (2015) por el Juzgado Segundo de Familia de Bucaramanga que declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Wilfredy Mejía Blanco y en su lugar CONCEDER la protección del derecho a la unidad familiar del actor y sus hijos.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Defensoría Delegada para la Infancia, la Juventud y el Adulto Mayor, que adelante las averiguaciones pertinentes ante los familiares del accionante y el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad correspondiente con el fin de determinar (i) el delito por el cual se encuentra recluso Wilfredy Mejía Blanco y (ii) si debe

ser o no autorizada la visita de los menores a su padre de conformidad con lo expuesto en las secciones 5.3.2. y 5.3.3. de la parte motiva de esta sentencia. De lo anterior, deberá presentarse en un informe dirigido al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia.

TERCERO.- ORDENAR al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga que autorice la entrada de los hijos de Wilfredy Mejía Blanco en los días establecidos para las visitas de menores de edad siempre que en el informe referido en la orden segunda de la presente providencia se haya determinado que el ingreso de estos no implica una vulneración o un riesgo excepcional para sus derechos fundamentales. Tales visitas deberán darse bajo la observancia de las condiciones de seguridad establecidas en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Cuaderno principal, folio 6.

[2] Cuaderno principal, folio 4. Señala el actor que la madre de los menores está vulnerando su derecho y el de sus hijos a la unidad familiar, estas son algunas de sus afirmaciones: “Se está vulnerando mi derecho y el de los niños a que yo pueda verlos y el de ellos a tener un padre”, “ella está vulnerando el derecho de mis hijos a tener un padre”. “no tengo nada sentimental con la madre pero tengo derecho a verlos”.

[3] Tía del accionante respecto de quien el mismo afirma que puede llevar a los menores al establecimiento penitenciario.

[4] Padre del accionante respecto de quien el mismo afirma que puede llevar a los menores al establecimiento penitenciario

[5] Cuaderno principal, folio 20.

[6] Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.

[7] Ibíd.

[8] Cuaderno principal, folios 23 a 26.

[9] Cuaderno principal, folios 32 a 33.

[10] Por el cual se modifica la estructura del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, y se dictan otras disposiciones.

[11] Cuaderno principal, folio 34.

[12] “Las personas privadas de la libertad se comunicarán periódicamente con su núcleo social y familiar por medio de correspondencia, servicios de telecomunicaciones autorizados por el establecimiento penitenciario, así como visitas y redes de comunicación interconectadas o internet, de uso colectivo y autorizadas previamente por el establecimiento penitenciario, los cuales tendrán fines educativos y pedagógicos y servirán de medio de comunicación. En todo caso, se dispondrá de salas virtuales para la realización de este tipo de visitas. Todos los servicios de Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones aquí descritos deberán ser autorizados y monitoreados por el Inpec (...)”.

[13] “(...) Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella (...).”.

[14] Ley 1098 de 2006.

[15] Cuaderno principal, folios 43 a 45.

[16] Respuesta presentada por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga en atención al auto proferido por el magistrado sustanciador en el proceso de revisión de la tutela con expediente T-5186964.

[17] Con el término “autoridades accionadas”, se hace referencia al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Seccionales Bucaramanga y Barrancabermeja, la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario Carcelario, la Dirección Regional Oriente del INPEC y el Director y a la Trabajadora Social del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga.

[18] “La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización (...).”.

[19] “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

[20] Diccionario de la Real Academia Española.

[21] Sentencia T-160 de 2010.

[22] A ese respecto, en la sentencia T-438 de 2010, se sostuvo: “En el plano de las relaciones privadas, los efectos de la protección a los derechos fundamentales tienen una eficacia horizontal y son una manifestación del principio de la igualdad. Pues, precisamente en virtud de las relaciones dispares que se sostienen en el ámbito social, la parte débil quedaría sometida sin más, a la voluntad de quien ejerce autoridad o tiene

ventaja sobre ella, sin que la persona que se encuentre en estado de indefensión o subordinación tenga la posibilidad de asumir una verdadera defensa de sus intereses”.

[23] Sentencias T-288 de 1995 y T-714 de 2010.

[24] Sentencia T-012 de 2012.

[25] Numeral 1, artículo 6 del Decreto 2591 de 1991: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.”

[26] Corte Constitucional, Sentencia T-115 de 2014, MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[27] Por la cual se expide el Código General del Proceso.

[28] Artículo 21, numeral 3 de la Ley 1562 de 2012: “Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.”

[29] Ley 1098 de 2006, artículo 96: “Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código. El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.”.

[30] Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

[31] Código de la Infancia y la Adolescencia, artículo 86, numeral 5: “Corresponde al comisario de familia: (...)5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar”.

[32] Sentencia T-115 de 2014.

[33] “(...) El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. – Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. – Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. – La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. – Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. – Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. – Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. – También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. – La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

[34] Artículo 16, ordinal 3: “la familia es elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene protección de la sociedad y del Estado”.

[35] “Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

[37] “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado”.

[38] Sentencia T-566 de 2007.

[39] Sentencia T-232 de 2012.

[40] Sentencias T-511 de 2009, T-274 de 2008 y T-023 de 2003.

[41] Sentencia T-511 de 2009.

[42] Sentencia T-566 de 2007.

[43] Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2011. Párrafo 578. World Health Organization (WHO), Preventing Suicide in Jails and Prisons, (update 2007), pág. 16, disponible en:
http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/resource_jails_prisons.pdf.

[44] Ley 65 de 1993.

[45] Artículo 44, inciso final: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

[46] Ver; Convención sobre los Derechos del Niño, art 3 “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 (...)”.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art 24: “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado (...)”; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art 19: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. y, especialmente; el principio segundo de la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos del Niño que dispone que “los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y 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”.

[47] Ley 1098 de 2006.

[48] Sentencia T-955 de 2013.

[49] Artículo 9.

[50] La Declaración de los Derechos del Niño de 1959, cuyo principio 2 señala: “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.” En la sentencia T-887 de 2009 se manifestó: “Resulta clave mencionar la protección que se deriva para la niñez tanto a partir de lo consignado en el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, se pronuncia respecto de la necesidad de amparar derechos específicos de la niñez. El artículo 19 de la Convención establece: “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. “Acá adquiere especial importancia la Convención sobre los Derechos del niño, ello no sólo por el número de países que han ratificado este documento internacional –dicha Convención ha sido ratificada por 191 países-. El único país desarrollado que no ha ratificado la Convención es Estados Unidos. Colombia aprobó la Convención mediante la Ley 12 de 1991. Esta Convención es el primer documento jurídicamente vinculante en donde confluye “toda la gama completa de derechos humanos: derechos civiles y políticos así como derechos económicos, sociales y culturales.” Se tiene entonces que los derechos consignados en ese Tratado internacional no constituyen una opción y tampoco están sujetos a una interpretación libre y arbitraria. No son derechos neutrales. “Estos derechos representan valores muy claros y (...) exigen un compromiso: el de lograr que den resultados; el de actuar y promover medidas que aseguren su realización; el de proclamar cualquier tipo de preocupación, expresar críticas y fomentar cambios cuando los derechos se niegan o no se aplican como debieran. Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm. Otros documentos importantes que contienen derechos de los niños son el Convenio Internacional sobre aspectos civiles del Secuestro de Niños, aprobado por la Ley 173 de 1994; el Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo, aprobado por la Ley 515 de 1999; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada por la Ley 620 de 2000; el Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo aprobado por la Ley 704 de 2001; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de niños, la

prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobado por la Ley 765 de 2002”.

[51] Sentencia T-115 de 2014.

[52] *Ibíd.*

[53] Inciso adicionado por la Ley 1257 de 2008, artículo 25: “La prohibición de acercarse a la víctima y/o a integrantes de su grupo familiar y la de comunicarse con ellos, en el caso de delitos relacionados con violencia intrafamiliar, estará vigente durante el tiempo de la pena principal y hasta doce (12) meses más”.

[54] Artículo 36 de la Ley 65 de 1993 y numeral 13 del artículo 30 del Decreto 4151 de 2011.

[55] Cuaderno principal, folio 23.

[56] “La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de los particulares en los siguientes casos: 4 cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización”.

[57] Por la cual se expide el Código General del Proceso.

[58] Artículo 21, numeral 3 de la Ley 1562 de 2012: “Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: (...) 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.”

[59] Sentencia T-500 de 1993

[60] Mediante sentencia C-026 de 2016 se declaró exequible la expresión señalada en negrillas bajo el entendido de que “las personas privadas de la libertad también podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que demuestren tener un vínculo estrecho de familiaridad con la persona privada de la libertad, surgido a partir de la existencia de lazos

de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia”.

[61] Sentencia T-374 de 2011

[62] Sentencia T-719 de 1999

[63] Sentencia T-1190 de 2003

[64] Cuaderno principal folios 44 y 45.

[65] Cuaderno principal folio 43.

[66] De una lectura contextualizada del texto se entiende que lo que quiere decir el ICBF con esta expresión subrayada es en realidad que es de conocimiento general que el ingreso al centro penitenciario puede significar la vulneración de los derechos de los menores, así esta expresión podría remplazarse por “para nadie es un secreto” o “es de todos conocido”.

[67] Cuaderno principal, folio 34.

[68] Estos no son los nombres reales de los menores los cuales son de carácter reservado.

[69] Respuesta presentada por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Bucaramanga en atención al auto proferido por el magistrado sustanciador en el proceso de revisión de la tutela con expediente T-5186964.

[70] Ley 1098 de 2006, artículo 95: “El Ministerio Público está integrado por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y las personerías distritales y municipales, y tendrán a su cargo, además de las señaladas en la Constitución Política y en la ley, las siguientes funciones: 4. Hacer las observaciones y recomendaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los adolescentes”.

[71] Es necesario que las entrevistas a los menores de edad sean llevadas a cabo por psicólogos de la Defensoría del Pueblo capacitados para este tipo de tareas.