

Sentencia T-1275/05

LEGITIMACION POR ACTIVA-Cualquier persona puede exigir el cumplimiento de los derechos de los niños

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Protección constitucional

CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO-Alcance

DERECHOS DE PROTECCION DEL MENOR-Medidas de carácter fáctico y normativo

DERECHO A LA FAMILIA-Protección constitucional especial

FAMILIA-Importancia en el desarrollo y protección de los menores

La familia desempeña, por lo general, un papel fundamental en el desarrollo y protección de los menores. Son los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropián niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario. De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que le confiere la Constitución a la protección de la familia.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERNO-Límites razonables y proporcionales/DERECHOS FUNDAMENTALES DEL INTERNO-Condiciones mínimas de existencia

DERECHOS DEL INTERNO Y RELACIONES CON LA FAMILIA

TRATAMIENTO PENITENCIARIO-Objetivo

READAPTACION SOCIAL DEL INTERNO-Contacto con sus familiares

La reforma y readaptación social de los reclusos sería imposible si se priva al interno del contacto necesario y constante que debe tener con sus familiares y allegados. En este

sentido, la Corte ha expresado que: “la familia es el único referente seguro de libertad con el que cuentan las personas recluidas, la mejor forma de mantener contacto con la sociedad y con el mundo fuera del penal”, ante todo, por cuanto “constituye el centro de los vínculos afectivos más importante y duradero, lo cual le permite al recluso sobreponerse a sus condiciones de penuria y guardar esperanzas para la libertad.”

AUTONOMIA DEL MENOR-Relevancia

La jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha otorgado especial relevancia a la autonomía de los menores y a la necesidad de que los menores sean escuchados cuando se trata de adoptar aquellas decisiones que han de afectarlos. La situación trágica en que se encuentren los menores no trae como consecuencia la negación de su libertad y menos pasar por alto la necesidad de solicitar su consentimiento cuandoquiera que sus derechos fundamentales se vean vulnerados o amenazados de vulneración.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA-Inaplicación del artículo 75 del Código Carcelario y Penitenciario/DERECHO A TENER UNA FAMILIA-Traslado de interno cerca de donde residen sus hijos

El artículo 75 enumera las causales que dan lugar al traslado de internos y, en efecto, las razones familiares no están previstas allí, al menos no de manera expresa. No obstante, estima la Corte que en el caso concreto es preciso inaplicar el artículo 75 y solicitar el traslado inmediato del recluso a una cárcel ubicada en un lugar cercano al sitio donde residen sus hijos. Solo de esta forma podrán ampararse de manera efectiva los derechos constitucionales fundamentales de los menores. Únicamente de este modo se ofrecerá la opción a los niños de reestablecer el contacto con su padre y se dará oportunidad al padre de reanudar el contacto con sus familiares y allegados, contacto éste, que, como vimos, es clave en el proceso de crecimiento integral de los niños en todos los aspectos de su vida y es también significativo en la preparación del recluso para vivir el día de mañana su vida en libertad.

Referencia: expediente T-1164057

Acción de tutela instaurada por Ana Beatriz Silva contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – .

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D. C., seis (6) de diciembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Álvaro Tafur Galvis y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pitalito

I. ANTECEDENTES

La actora, Ana Beatriz Silva, interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – .

Sustenta su acción de tutela en los siguientes hechos:

Hechos

- 1.- La peticionaria tiene 65 años de edad, es viuda, muy pobre y obra en representación de sus tres nietos menores de edad.
- 2.- Sostiene que el 14 de agosto de 2003 capturaron a su hijo, Ramiro Silva, quien fue condenado por homicidio agravado a pagar 25 años de prisión, luego redosificado a 13 años de prisión.
- 3.- Afirma que luego de capturado el señor Silva, la esposa de su hijo “fue dejando en completo abandono a sus pequeños niños”. Hoy no se tiene noticia alguna acerca del paradero de la madre de los niños.
- 4.- Asevera que desde el momento de la captura de su hijo, esto es, desde hace 19 meses,

está cuidando de los niños.

5.- Asegura que el señor Ramiro Silva fue trasladado de la cárcel de Florencia Caquetá hacia la Penitenciaría de Alta y Mediana Seguridad de Girón Santander. A partir del momento de la captura los niños no han podido volver a ver a su padre. Los niños, dice la señora Silva, establecieron una relación muy estrecha con el padre y lo extrañan cada día más. Lo llaman en la noche y experimentan una gran tristeza por no poder verlo.

6.- Manifiesta que la situación económica en que se encuentran ella y los niños es muy precaria y que carecen por entero de recursos o posibilidades para que los niños puedan visitar a su padre. Lo anterior consta en el testimonio rendido por la peticionaria ante el Juzgado Promiscuo de Pitalito en el cual establece que carece por completo de bienes y reside en una vivienda arrendada en el barrio Rodrigo Lara Bonilla de la ciudad de Pitalito Huila. Según lo afirmado por la señora Silva, el arrendamiento y, en general, los gastos de mantenimiento, los asume su hija. En el mismo documento se determina, igualmente, la no existencia de familiares de los niños que residan en un lugar cercano a Girón Santander.

7.- Estima que esta situación ha repercutido en un deterioro considerable de la calidad de vida de los niños quienes preguntan constantemente por el padre y, al no poder verlo, se han visto inmersos en un profundo sufrimiento, circunstancia ésta, que ha contribuido a retrasarlos en su desarrollo psíquico, intelectual, social y emocional.

8.- Agrega, finalmente la peticionaria, que en varias oportunidades ha solicitado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – el traslado de su hijo y ha acudido, incluso, a la Presidencia de la República, pero su solicitud no ha tenido respuesta alguna, razón por la cual ha decidido acudir a la acción de tutela.

Solicitud de tutela

La peticionaria solicita que sean protegidos los derechos fundamentales de los niños de conformidad con lo establecido en el artículo 44 superior y exige, igualmente, la protección especial a la familia consignada en el artículo 42 de la Constitución Nacional. La accionante considera que la protección de los derechos de los niños y el amparo que la Constitución le concede a la familia ha sido desarrollada de manera especial por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Con miras a lograr la debida protección de los derechos de sus nietos, exige

que se ordene a la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – que su hijo sea trasladado, en el menor tiempo posible, a una de las siguientes tres cárceles: Rivera, Huila, Pitalito, Huila; Garzón, Huila.

Respuesta de la entidad demandada

Mediante escrito fechado el día 27 de junio de 2005, la ciudadana Olga Bautista Rodríguez, Coordinadora del Grupo de Tutelas, responde a nombre del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – la solicitud de tutela.

1.- Estima la entidad demandada que la tutela es improcedente, en primer lugar, por cuanto la peticionaria carece de legitimidad en la causa por activa. Quien ha debido actuar en este caso, sostiene la entidad demandada, es el señor Ramiro Silva, pues el hecho de que se halle privado de la libertad no le impide actuar en nombre propio para instaurar la tutela. A renglón seguido, cita la sentencia de la Corte Constitucional T-899 de 2001.

2.- Considera que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 74 de la Ley 65 de 1993, el traslado de los internos puede ser solicitado a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (i) por el director del respectivo establecimiento; (ii) por el funcionario de conocimiento; (iii) por el interno. Insiste, en que el traslado de internos no puede ser presionado por terceras personas, toda vez, que el respectivo interesado debe solicitarlo por sí mismo. Afirma que la Corte Constitucional se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de impedir que “actúen terceros de manera ilegítima en favor de otra persona.” A propósito de lo anterior, cita la sentencia T-502 de 1994.

3.- Recuerda que el interno Ramiro Silva se encuentra condenado a pena de trece años de prisión por el delito de Homicidio Agravado y está hoy en día recluso en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón Santander. Expone, así mismo, que el interno fue trasladado a su actual sitio de reclusión en virtud de acto administrativo proferido por causa de la necesidad de descongestión del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Florencia Caquetá que fue el primer sitio de reclusión del señor Silva.

4.- Asegura que de conformidad con las disposiciones vigentes, le compete al INPEC “el manejo autónomo, eficaz e independiente de la gestión administrativa tendiente a desarrollar las políticas penitenciarias y lograr la readaptación y resocialización como fines legales de la

pena.” Y agrega, que es precisamente a los directores de los establecimientos de reclusión a quienes corresponde ejercer el control directo de los mismos con el propósito de “preservar la seguridad, salubridad, tranquilidad y orden interno para beneficio de la población de internos y de los funcionarios “ que allí laboran.

5.- Enumera las causales de traslado establecidas en el artículo 75 de la Ley 65 de 1993 y subraya, en especial, las causales 5 y 6. La causal 5 se refiere al traslado en razón de la “necesidad de descongestión del establecimiento” y la causal 6 hace alusión a la necesidad de trasladar al recluso a “un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad.” Pone énfasis en que estas causales son taxativas y en que dentro de ellas no está previsto “el acercamiento al núcleo familiar como circunstancia determinante para realizarlos.”

6.- Recalca que en varias ocasiones la Corte Constitucional se ha manifestado en el sentido de que la tutela no puede ser utilizada como medio para oponerse a, o para presionar el traslado de internos. Esta es una función asignada al INPEC y los jueces de instancia no pueden contravenir la doctrina constitucional “puesto que las decisiones de la Corte Constitucional incorporan una valor agregado, relativo a la interpretación auténtica de la preceptiva fundamental sobre los derechos básicos y su efectividad.”

7.- Frente al argumento esgrimido en la solicitud de tutela en relación con el cual es preciso tener en cuenta el aspecto de arraigo familiar para considerar el traslado de internos, afirma la entidad demandada, que de ser esto así, solo podrían construirse cárceles alrededor de las ocho ciudades más densamente pobladas, “en donde como es obvio se presenta un mayor índice de criminalidad.” Añade, que la sanción o pena impuesta a quienes infringen el ordenamiento jurídico está ligada a “circunstancias desagradables y normalmente rehusadas, son inseparables del ejercicio de la autoridad en beneficio colectivo y propiciadas como lo son por el mismo comportamiento de quien las padece.” Estas sanciones no significan una violación de los derechos ni pueden calificarse de ilegítimas.

8. Tampoco acepta la entidad demandada que se estén infringiendo el artículo 44 de la Constitución Nacional – los derechos fundamentales de los niños – ni el artículo 42 superior. Si bien es cierto estos artículos se pronuncian a favor de la necesidad de garantizar que los niños tengan una familia y procuran asegurar que los niños no sean separados de su familia,

“no por ello debe renunciar el Estado la salvaguarda de los derechos de otras personas.” Por múltiples razones los establecimientos carcelarios no están en la posibilidad de garantizar que los reclusos se mantendrán cerca de sus familias. Pone énfasis, una vez más, en que la situación de alejamiento del entorno familiar es una circunstancia que obedece precisamente al comportamiento irregular o delictivo de los internos, y en el caso particular, del señor Silva.

9.- Reconoce que el interno Ramiro Silva ha elevado, en efecto, varias peticiones de traslado y que tales solicitudes han sido resueltas por la Oficina de Asuntos Penitenciarios del INPEC. Menciona, por lo demás, que el INPEC adolece de graves restricciones presupuestales y de cupos, lo que aclara por qué los traslados operan únicamente en situaciones excepcionales pues “cada desplazamiento implica una enorme erogación en tiquetes, logística y seguridad, tanto para el interno como para el personal de Custodia y Vigilancia.”

10.- Manifiesta por último la entidad demandada, que los hechos que han dado lugar a la presente acción de tutela ya habían sido objeto de juicio por la Rama Judicial cuando el señor Ramiro Silva obrando a nombre propio instauró acción de tutela ante el Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de Bogotá, acción ésta, que se resolvió a favor de la entidad demandada. Opina que, en vista de lo anterior, ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

1. Copia del Registro Civil de Nacimiento de los menores. (Folios 17-19)

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Ana Beatriz Silva Tapiero. (Folio 20)

1. Copia de la Diligencia de Recepción del Testimonio de la Señora Ana Beatriz Silva Tapiero ante el despacho del Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Pitalito. (Folios 21-23)

1. Copia de la respuesta emitida por el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón Santander el día 24 de junio de 2005 y firmada por el Asesor Jurídico, señor Julio Orlando Torres y por el Director, señor José Alfonso Bautista, en donde se manifiesta que el interno Ramiro Silva ha solicitado traslado y que tal solicitud ha sido estudiada y respondida en dos oportunidades por la doctora Luz Amanda Avella Pinto. Allí se indica también que la señora Ana Beatriz Silva no ha elevado ninguna solicitud de traslado. (Folio 36)

1. Copia del memorando número 7103-APE- fechado el día 24 de junio de 2005 emitido por la doctora Marcelita Molano Urueña (Asesora de Dirección ,Grupo de Asuntos Penitenciarios) dirigido a la doctora Olga Bautista Rodríguez (Coordinadora de Tutelas) mediante el cual se la pone en conocimiento acerca de que el traslado del interno, señor Silva, de la Cárcel de Florencia , Caquetá, hacia el Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón, Santander, obedeció a motivos de descongestión del establecimiento carcelario. (Folio 37)

1. Copia de la Resolución número 4357 de 19 de noviembre de 2003 por medio de la cual se ordena el traslado del Establecimiento Penitenciario de Florencia Caquetá al Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón Santander. (Folios 38-41)

1. Copia del comunicado recibido el día 11 de febrero de 2005 firmado por la señora Marcelita Molano (Asesora de la Dirección General, Grupo de Asuntos Penitenciarios) mediante el cual se le comunica al señor Silva que de conformidad con el procedimiento aprobado por la dirección General del INPEC, de estricto cumplimiento, “toda solicitud de traslado el interno debe elevarla a través de la Asesoría Jurídica del Establecimiento para que le anexen el formato de traslado vigente debidamente diligenciado, concepto médico y los tres últimos consejos de disciplina” a fin de remitirlos a esa oficina para someterlos a la consideración de la Junta Asesora de Traslados. En el mismo escrito se indica que la solicitud de subsidio y comida para sus hijos no es del resorte de esa dependencia. (Folio 42)

1. Copia de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Uno del Circuito de Bogotá el día siete de febrero de 2005 por medio de la cual el citado Juzgado resuelve no conceder la solicitud de tutela instaurada por el señor Ramiro Silva por hallarla improcedente. (Folios 44-48).

II. Sentencia objeto de revisión

Mediante fallo proferido el día 30 de junio de 2005, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia resolvió negar la tutela solicitada por la señora Ana Beatriz Silva por considerarla improcedente. Expuso las siguientes consideraciones en apoyo de su decisión.

1.- El Juzgado encuentra que, de conformidad con la situación fáctica establecida, la dirección carcelaria realizó el traslado del señor Ramiro Silva según lo previsto por el artículo 73 de la Ley 65 de 1993. En este asunto en concreto la causa que motivó el traslado fue la necesidad de descongestión del establecimiento carcelario que está previsto en el artículo precitado. El traslado, por consiguiente, se efectuó bajo el cumplimiento de las disposiciones legales.

2.- El Juzgado estima, por otra parte, que dentro de las causales de traslado de los internos no aparece que pueda efectuarse un traslado por motivos de “acercamiento al entorno familiar.” Cita, a continuación, la sentencia C-394 de 1995 y la sentencia T-605 de 1997 en las que esta Corporación establece que el director del INPEC tiene la facultad de definir los traslados de presos por ser ésta una consecuencia del ejercicio razonable de la misión administrativa que le corresponde realizar¹.

III. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional.

Por auto del 3 de noviembre de 2005, esta Sala Séptima de Revisión solicitó al Director General del INPEC información al respecto del índice de población de las cárceles de (a) Rivera, Huila, (b) Pitalito, Huila, (c) Garzón, Huila, (d) Girón, Santander; solicitó, de igual modo, al Director de la Penitenciaría de Alta y Mediana Seguridad de Girón Santander que informara a este despacho sobre el comportamiento del interno Ramiro Silva, actualmente recluso en esa penitenciaría, y sobre las razones por las cuales el INPEC se ha negado a conceder el traslado del interno hacia una cárcel más cercana al Departamento del Huila.

Adicionalmente, solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar así como a las Facultades de Psicología y de Trabajo Social de algunas Universidades del país rendir informe en relación con el impacto psíquico, social y emocional que implica en niños de seis, ocho y nueve años de edad la situación de haber sido abandonados por su madre y verse impedidos de visitar a su padre por encontrarse este último recluido en un establecimiento carcelario ubicado muy lejos del lugar de residencia de los niños y carecer ellos de recursos o posibilidades para visitar a su padre con frecuencia y al respecto de las consecuencias que tal impacto tiene en el desarrollo integral y en la calidad de vida de los menores.

1.- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)

Mediante comunicación recibida por la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 11 de noviembre de 2005, la Asesora de la Dirección General del INPEC, señora Marcelita Molano Urueña, remite copia del parte numérico de contado de internos correspondientes a los establecimientos solicitados. Explica, que a fecha de 10 de noviembre de 2005 el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Garzón presentó un índice de hacinamiento del 47%; el de Pitalito del 53%, el de Girón del -4.4%; el de Rivera 32%. Agrega, que “el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Neiva no presenta hacinamiento, por cuanto fue necesario trasladar internos de ese Establecimiento por motivos de orden interno en consideración a la realización de obras en los patios 1, 2, 3, 4, y readecuando los muros perimetrales alrededor de los patios números 7 y 8.”

La señora Asesora de la dirección General del INPEC afirma que el interno Ramiro Silva se encuentra recluido en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Girón y asevera, igualmente, que al señor Silva le fue denegado el traslado por él solicitado pues el interno no cumplía con el requisito de tiempo – haber permanecido al menos durante un año en el establecimiento carcelario en el cual se encuentra – para poder pedir el traslado.

La petición de traslado ante el INPEC la realizó el señor Silva el día 21 de diciembre de 2003 y el Instituto la recibió el día 13 de enero de 2004. La Resolución 4357 por medio de la cual se ordenó el traslado hacia el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Girón data del 19 de noviembre de 2003. Establece la señora Asesora que, no obstante lo anterior, el señor Silva continúa enviando derechos de petición y aclara que la petición de traslado del interno Silva se encuentra para estudio por parte de la Junta Asesora de traslados próxima a

realizarse. Añade, por último, que una vez estudiada la solicitud del interno Silva se le comunicará la decisión adoptada por la Junta Asesora de traslados.

2.- Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Girón, Santander

El día 29 de noviembre de 2005 se recibió en la Secretaría de la Corte Constitucional la respuesta al oficio OPT B 185 de 2005 por parte del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Girón, Santander. El Asesor Jurídico y el Director de ese establecimiento carcelario remiten constancia de la buena conducta del interno Ramiro Silva durante el período comprendido entre el 28 de noviembre de 2003 hasta el 21 de noviembre de 2005, tiempo en que ha permanecido recluso el señor Silva en ese establecimiento. Así, dicen los suscritos: “durante ése período la conducta del señor interno Silva Ramiro puede promediarse en el grado de BUENA.”

3.- Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Mediante escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el día 15 de noviembre de 2005, la Directora Técnica del Grupo de Protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, señora Blanca Luz Hoyos Henao, comunicó a la Sala que no era posible rendir el tipo de concepto solicitado de manera general por cuanto era preciso valorar, con antelación, las características de la personalidad de los niños; la historia de los vínculos afectivos de los niños; la actitud de los adultos cuando los niños fueron abandonados por la madre; la manera como ha tenido lugar el acompañamiento afectivo de los niños por parte de los adultos que los cuidan; la forma como se ha manejado la ausencia del padre; la relación padre e hijos desde la concepción; el manejo que se ha realizado de la situación de separación del padre y los hijos; las calidades morales y éticas del padre. Sugiere, finalmente la señora Asesora, que la solicitud sea remitida a la Sociedad Colombiana de Psiquiatría.

4.- Universidad Nacional

Por medio de escrito recibido en la Secretaría General de esta Corporación el día 18 de noviembre de 2005 la ciudadana Clara María García Gómez, Trabajadora Social y Psicóloga Clínica, docente del Departamento de Trabajo Social de la Universidad Nacional envía su concepto. De conformidad con lo expuesto en el concepto, la ausencia de los padres en la

infancia “impide crear vínculos afectivos que brinden seguridad y estabilidad en el crecimiento de los niños.” En vista de las edades cronológicas de los niños, entre los 6 y los 10 años, “la carencia de cuidado, atención y contacto afectivo altera y perturba la confianza y capacidad de desarrollo psíquico. La separación del padre en el caso particular bloquea la comunicación, las expresiones y el contacto físico vital para el desarrollo antes mencionado.” Estos niños han experimentado dos situaciones de abandono y separación: de un lado, el abandono de la madre y, por el otro, “la imposibilidad de establecer relación con la figura paterna por el lugar en que está recluso.”

Según lo expresado en el concepto, “los sentimientos y las emociones impregnan todas las adaptaciones humanas en especial aquellas ligadas a necesidades básicas fisiológicas y psicológicas fundamentales para el bienestar de los niños.” Recibir afecto es un elemento clave para la salud mental de los niños. Con ello se garantiza la configuración de “bases seguras de la personalidad y del temperamento y control emocional.” Constituye, además, el punto de inicio “para el surgimiento de los rasgos distintivos de la personalidad.”

Afirma el concepto, que el desarrollo emocional está mediado por la figura de los padres, por la manera como se desenvuelven las relaciones familiares en el contexto social a partir de las que se inician también los procesos de socialización primaria. Desde allí se tejen, del mismo modo, las relaciones de los niños con sus pares así como con las figuras de autoridad “y con las metas de aprendizaje y desarrollo que se espera en el hogar y en el medio escolar.”

De acuerdo con lo expuesto en el concepto, en cada edad los niños manifiestan necesidades distintas y requieren atención y cuidado diferentes. Una niña o un niño a los seis años de edad, tiene los primeros contactos sociales con sus pares. En esa edad se inicia, también, el proceso de aprendizaje. A los nueve años, se está ante lo que se ha denominado la edad “de la razón”. El niño comienza a realizar una serie de juicios morales personales “referentes a las intenciones de los actos, es la edad de la discriminación bastante clara entre sueño y realidad.”

Según el concepto, el contacto con los adultos es clave en el proceso de socialización y en la generación de seguridad de los menores en sí mismos así como en la configuración de las relaciones interpersonales que establecen los niños. Les brinda equilibrio y les facilita la posibilidad de asumir valores morales. Crecer en condiciones de armonía y bienestar integral

garantiza el proceso de aprendizaje en la escuela y en el medio social y el afianzamiento en los niños de valores tales como “el respeto, la obediencia, la disciplina, [y la] colaboración entre hermanos.”

Frente al caso particular, subraya el concepto, es preciso “rescatar el valor y el sentido de la figura paterna.” La imagen del padre guarda un nexo estrecho con la imagen de autoridad. El contacto con el padre facilita que los niños tiendan puentes con la vida social y les permite construir autonomía. Para ello es indispensable la existencia de una relación afectiva segura, estable que incluya la posibilidad de contacto. De esta manera se aporta la noción de límites al desarrollo del comportamiento, así como se facilita el desenvolvimiento de la propia identidad sexual de los menores.

El concepto destaca la importancia de preguntar a los niños qué es lo que ellos quieren. Sólo de esta manera podrá desenvolverse su capacidad de ser autónomos y se logrará que desarrollen su propia identidad, “no como objetos” sino como protagonistas de su propia vida. De este modo, se les evita sufrimientos innecesarios y se les previene de la soledad o del aislamiento. “Es capital”, dice el informe, “que el niño a partir de los siete años se haga cargo de lo que necesita, desea o quiere, cualesquiera sean sus padres, con o sin ellos y de que a ellos les agrade o no. Lo que importa es que el niño salga adelante a pesar de las duras condiciones de su calidad de vida y pueda tener la oportunidad de establecer comunicación y contacto con una figura que le aporte a la adaptación, socialización y desarrollo.”

Por último, recomienda el concepto, que se facilite a los niños visitar a su padre y que se permitan los encuentros con el padre o se haga posible la comunicación telefónica o escrita con él. En este orden de ideas es preciso, agrega el concepto, “[g]arantizar a los niños la presencia paterna teniendo en consideración su solicitud, la ausencia de la figura materna y las edades de los niños, además de los argumentos explicativos anteriormente sustentados.”

5.- Universidad de los Andes

El Director del Departamento de Psicología, Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad de los Andes, señor Jorge Larreamendy Joerns, remite a la Secretaría General de esta Corporación el concepto presentado por la docente del Departamento de Psicología de la

Universidad de los Andes, doctora Sonia Carrillo, allegado el día 14 de noviembre de 2005. El concepto estima pertinente responder algunos interrogantes fundamentales en el análisis de la situación de manera tal que se cuente “con elementos sólidos de juicio en la toma de la decisión final”. Según el concepto, (i) el primer interrogante tiene que ver con la duración del contacto entre los niños y el padre antes de la reclusión de este último. Responder esta pregunta es tanto más importante por cuanto los autores que han trabajado bajo los presupuestos de la Teoría del Apego parten de la idea, según la cual, en las relaciones cercanas el nexo afectivo que establecen los niños con sus padres o adultos significativos juega un papel muy importante y se proyecta en el desarrollo, así como en el ajuste social y psicológico de los menores. Ahora bien, este vínculo solo puede consolidarse cuando existe un contacto y un cuidado constante por parte de los adultos, en especial, durante los primeros 3 o 4 años de vida de los niños. (ii) El segundo interrogante se relaciona con la calidad del contacto entre el padre y los menores. Siguiendo la línea que traza la Teoría del Apego, un vínculo de afecto positivo se construye únicamente si los padres o los adultos significativos ofrecen a los menores una atención óptima y responden a las necesidades de los niños de manera apropiada y les brindan seguridad y protección en las diferentes circunstancias de la vida cotidiana. (iii) El tercer interrogante hace referencia al tiempo en que ha permanecido el padre en el establecimiento carcelario y en el tiempo en que tendrá que permanecer allí. La respuesta a estas cuestiones es de entidad por cuanto, de un lado, se relaciona con el contacto que se presentó entre los menores y el padre antes de la reclusión y, de otro, la duración del tiempo de separación entre los niños y el padre. “Dentro del estudio del desarrollo social y afectivo de los niños,” dice el concepto, “algunos autores han resaltado la importancia de las separaciones entre los niños y los adultos que representan sus principales figuras de cuidado, protección y afecto, en las primeras etapas de la vida.” El concepto cita a J. Bowlby (El Apego, Paidós, Buenos Aires, 1989) autor que destaca las consecuencias negativas que puede traer consigo la separación para los niños. Las consecuencias negativas pueden ser de tal proporción, que conducen “al desarrollo de patrones de inseguridad y desorganización en las relaciones afectivas (...) perjudiciales para los niños.” Esto, claro está, bajo el supuesto de que los vínculos de afecto sean positivos y duraderos pues, de lo contrario, “las separaciones podrían no tener ningún impacto en la vida de los niños.” El concepto subraya, por último, un punto más que considera vital y es el que se relaciona con los adultos que han tenido o podrían tener a cargo el cuidado de los menores. Así, dice el concepto, “[d]iferentes circunstancias sociales, laborales y culturales

han hecho que muchos niños, durante los primeros años de vida, estén bajo el cuidado de otros adultos significativos como son los abuelos, tíos, otros y otros adultos cercanos (amigos, vecinos o empleadas).” Los vínculos que los menores pueden llegar a construir con estas personas significativas de cuidado son intensos y pueden compensar, en gran parte, los efectos del abandono de la madre y de la poca frecuencia con que visitan al padre. El concepto destaca, para terminar, la importancia de orientarse, en el análisis del caso, por el bienestar psicológico y afectivo de los niños y de mirar porque los niños establezcan o mantengan nexo afectivo “con aquel o aquellos que representen figuras significativas para ellos y que estén en capacidad real de brindarles cuidado, protección o afecto.”

6.- Universidad Javeriana

En escrito recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el día 15 de noviembre de 2005, la Decana Académica de la Facultad de Psicología de la Universidad Javeriana, señora Ángela María Robledo Gómez, presenta algunas consideraciones de tipo general con el propósito de emitir el concepto solicitado. Se refiere, primero, a la investigación sobre la Teoría del Vínculo defendida por Bowlby y Ainsworth et. al., quienes se han propuesto demostrar la importancia de las “relaciones vinculares tempranas en el desarrollo social, emocional y cognitivo de los niños(as).” Estas relaciones se desenvuelven dentro de los dos primeros años de vida de las niñas y de los niños y se convierten en punto de partida para la construcción del modelo que orientará la forma como ellas (os) “se vinculan con las diferentes figuras de cuidado.”

De acuerdo con lo expuesto por la señora Decana, Bowlby define el nexo afectivo en tanto “lazo emocional que une al hijo (a) con su madre o cuidador(a) principal. Es un lazo duradero que se construye en las interacciones diarias entre hijo(a) y madre.” La relación de niñas y niños con su madre es específica y discriminadora, es decir, no existen otras relaciones que puedan reemplazarla o suplirla. Esto es algo que se pone de manifiesto, justamente, cuando las niñas (os) han sido separados de su madre o cuando la pierden. Es factible que existan otras figuras sustitutivas pero es notoria también la sensación de desesperanza que la separación de la madre genera en las niñas y los niños y el grado de tristeza en el que se enfrascan, tanto, que terminan por perder interés por el ambiente que los rodea. Cuando la separación se extiende en el tiempo o se vuelve definitiva, entonces, aparece una tercera fase: “la desvinculación afectiva.”

Según lo explicado en el concepto por la señora Decana, la vinculación afectiva con la madre forma parte de lo que Bowlby denomina base segura y que él considera uno de los aspectos centrales de su análisis sobre la relación hija(o)-madre. La base segura es como una plataforma a partir de la cual las niñas y los niños desarrollan seguridad en distintos tiempos y en diferentes contextos. La base segura está regulada, al decir de Bowlby , por un sistema de control que coordina la información concerniente a la localización y accesibilidad de la mamá, experiencia de interacción anterior, características del ambiente físico y social, estado del niño, cansancio, entre otros.”

En el evento en que no sea la madre quien juega el papel de figura principal, es factible – agrega el informe presentado por la señora Decana – que ese papel sea asumido por otras figuras sustitutas que presenten una vinculación afectiva similar a las que se habrían podido desarrollar con la madre. “En estos casos el padre juega un papel fundamental o las personas encargadas del cuidado y la crianza del (la) niño(a)”

La señora Decana advierte que las consideraciones generales realizadas con antelación no pueden aplicarse a un caso específico cuando no se conocen las características particulares en las que se han desarrollado las vinculaciones afectivas de las niñas y de los niños en cuestión. Resalta, entre otras, las siguientes características que es preciso conocer para valorar el caso en concreto: “el tipo de relación que los niños establecieron con su madre, su padre u otras figuras sustitutas. Las condiciones de crianza en las cuales los niños establecieron una vinculación afectiva con sus cuidadores principales. El momento en el cual sucede el abandono y las características actuales de vida, (...) las características psicológicas paternas, el delito cometido y las características de las relaciones parentales con sus hijos.”

El informe presentado por la señora Decana establece, finalmente, que todas esas preguntas pueden ser resueltas “por un profesional idóneo (Psicóloga o Trabajadora Social) que estudie las características del caso a profundidad, en un contexto de cuidado y determine cuáles son las figuras vinculares centrales de los niños, sus posibilidades para darles un soporte afectivo que permita un desarrollo integral de su personalidad y la pertinencia de visitar o no a su padre en la cárcel.”

Recomienda, por último, que en caso de determinarse la conveniencia de la visita de los

niños a su padre, es preciso rodear los niños de un ambiente de cuidado propicio para sostener la interacción del padre con sus hijos. Los niños deben estar acompañados por un adulto o un profesional que “facilite las interacciones y contribuya a la comprensión de la situación por parte de los niños.”

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Competencia

Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

2.- Problema jurídico y presentación del caso concreto objeto de estudio

La actora exige que sean tutelados los derechos fundamentales de sus tres nietos menores de edad quienes han sido abandonados por su madre y no pueden ver a su padre por encontrarse él detenido en una cárcel ubicada en lugar distante al sitio donde los niños residen y no disponer ellos de los recursos ni de las posibilidades para visitarlo. En este orden de ideas, solicita que se protejan los derechos que se desprenden del artículo 44 de la Constitución Nacional así como los que se desprenden del artículo 42 superior. La entidad demandada alega, en primer lugar, que la señora Ana Beatriz Silva no está legitimada para instaurar la acción de tutela a nombre de sus nietos. Aduce, de otro lado, que no le corresponde a los particulares por medio de la acción de tutela presionar el traslado de internos puesto que en virtud de lo dispuesto por la Ley 65 de 1993 le corresponde al INPEC bien a solicitud del director del establecimiento o del mismo interno decidir los traslados de los internos de conformidad con las causales previstas por la mencionada Ley en la cual no se señalan circunstancias de índole familiar. Por múltiples motivos dentro de los cuales el factor presupuestario tiene un peso específico, no le corresponde a los establecimientos carcelarios decidir los traslados para que los internos estén cerca de su familia. Esto no puede significar ni significa vulneración alguna de los derechos fundamentales de los internos quienes por sus propias actuaciones se encuentran en la situación en la que se encuentran. No cabe tampoco tildar las medidas de ilegítimas pues los derechos de los presos deben ceder ante los derechos de los demás. El Juzgado Promiscuo de Familia de la ciudad de Pitalito se niega a conceder la tutela por considerarla improcedente. Acoge en su

totalidad los argumentos expresados por la parte demandada.

El caso concreto bajo examen de la Sala en la presente oportunidad configura dos situaciones especiales. La primera, se plantea con respecto a los derechos fundamentales de los menores que han sido abandonados por su madre y se ven privados de visitar a su padre al estar este último recluido en un establecimiento carcelario ubicado en un lugar muy alejado del sitio de residencia de los menores. La segunda, se presenta en relación con los derechos fundamentales del recluso. Así las cosas, corresponde a esta Sala determinar (i) si teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto – (a) que tres menores han sido abandonados por su madre y no han podido ver a su padre por estar este último cumpliendo pena privativa de la libertad en un establecimiento carcelario muy retirado del lugar de residencia de los niños y no contar éstos últimos con recursos ni posibilidades para visitarlo; (b) que en vista de lo anterior, los menores han sufrido un serio deterioro en su calidad de vida y se ha afectado, de igual forma, su desarrollo integral y, más específicamente, su salud física, psíquica, social, intelectual y emocional – la negación del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) a conceder el traslado del interno hacia una cárcel más cercana al lugar de residencia de los niños significa una vulneración de los artículos 42 y 44 de la Constitución Nacional. (ii) Le corresponde a esta Sala determinar, también, si al negarse el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario a conceder el traslado del señor Silva, teniendo en cuenta las circunstancias del asunto bajo examen, se vulnera su derecho fundamental a tener una familia y a restaurar y conservar los vínculos de afecto con sus familiares y allegados (artículo 42 de la Constitución Nacional).

Para responder estas preguntas, la Corte dividirá sus consideraciones en las siguientes partes: (i) reflexionará sobre los alcances de la protección que le confiere la Constitución a los niños por vía del artículo 44 de la Constitución Nacional y repasará la jurisprudencia de la Corte Constitucional al respecto. (ii) se pronunciará acerca de la protección que le otorga el orden constitucional a la familia (artículo 42 superior) y al respecto de la importancia que adquiere tal protección en casos específicos como el de los niños y los reclusos. (iii) Por último, examinará el caso concreto.

2.1.- Legitimación por activa

La entidad demandada estima que la señora Ana Beatriz Silva carece de legitimación por

activa para instaurar la acción de tutela a nombre de sus nietos. Respecto de lo anterior, la Sala considera preciso insistir en que, tratándose de menores, la Constitución prevé una serie de garantías especiales dentro de las cuales se encuentra justamente la señalada en el artículo 44 superior:

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha considerado en reiteradas ocasiones² que quien instaura una acción de tutela para solicitar la protección de los derechos fundamentales de los menores no necesita disponer de poder conferido de manera especial para tales efectos, ni requiere ser el padre o la madre de los menores afectados con la vulneración de un derecho constitucional fundamental; tampoco necesita demostrar que el titular no se encuentra en capacidad de llevar a cabo por sí mismo la defensa de sus intereses. Así las cosas, la disposición contenida en el artículo 10 del decreto 2591 de 1991³ debe interpretarse de conformidad con lo dispuesto por la Constitución, pues como lo ha sostenido la Corte: “Para el caso de los menores prima la disposición constitucional sobre cualquier otra de tipo legal⁴.” Una vez hecha la anterior precisión, pasa la Corte a examinar los alcances de la protección que le confiere la Constitución a los niños por vía del artículo 44 de la Constitución Nacional y a repasar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con este tema.

2.2.- Las Derechos Fundamentales de los Niños

Los Derechos Fundamentales de los Niños gozan de una especial protección tanto en el orden jurídico interno como en el ámbito internacional. La garantía que el orden jurídico constitucional les otorga a los niños es extensa. Se encuentra plasmada en distintos preceptos constitucionales⁵ y en especial en el artículo 44 superior. Allí se enumeran los derechos fundamentales de los niños: el derecho a que su vida e integridad física sean debidamente protegidas; el derecho a la salud y a la seguridad social; el derecho a gozar de una alimentación equilibrada; el derecho al nombre y a la nacionalidad. Dentro de los derechos mencionados en el artículo 44 se encuentra también “el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”, así como el derecho de los niños a gozar del cuidado, del amor, de la cultura y de la libre expresión de su opinión. De acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Nacional, los niños “[s]erán 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”.

En el párrafo segundo del artículo 44 se establece que tanto la familia como la sociedad y el Estado están obligados a velar por la asistencia y protección de los niños así como a garantizar “su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos” y se determina – como ya lo habíamos indicado en párrafos anteriores – que cualquier persona está facultada para exigir el cumplimiento de tales derechos por parte de la autoridad competente y para solicitar la sanción de los infractores. El párrafo tercero del artículo 44 agrega que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

La especial protección que la Constitución les confiere a los niños refleja de manera clara la necesidad de la sociedad colombiana de proporcionar a los niños las condiciones adecuadas para su desarrollo integral. Una sociedad que no repara en la importancia de garantizar que sus niños crezcan en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro⁶. Justamente por esa razón la Constitución compromete de manera solidaria a la familia, a la sociedad y al Estado para que, de consuno, colaboren con la debida realización de los derechos fundamentales de los niños.

En el plano internacional, los derechos fundamentales de los niños gozan también de una muy amplia protección. En la línea de lo dispuesto por la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 cuyo principio 2º establece que “[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá 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”, tanto el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos⁷, como el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales – aprobados ambos por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968 -, incluyen disposiciones dedicadas de manera expresa a los derechos de los niños. La Convención Interamericana de Derechos Humanos, a su turno, también indica que los niños tienen derechos de protección específicos⁸. Particular relevancia tiene, entretanto, la Convención sobre los Derechos del Niño. La importancia de esta Convención no solo se deduce de la cantidad de países que la han ratificado⁹ sino del alcance e importancia de los preceptos en ella establecidos con miras a proteger y a asegurar los derechos de los menores. Es factible

afirmar que la Convención sobre los Derechos del Niño 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 culturales¹⁰.”

La relación que existe entre la totalidad de los derechos, tanto los civiles, y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales es estrecha y se conecta con la posibilidad de garantizar a los menores una vida digna y de calidad. Estos derechos 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 debieran¹¹.”

De la lectura de la Convención sobre los Derechos de los Niños resulta patente que: (i) con independencia de su lugar de nacimiento, de su raza, de su género, de su cultura o condición social, todos los niños del mundo, sin excepción, gozan de derechos humanos; (ii) estos derechos no son el producto de una concesión, favor o donativo sino que corresponden a cada uno de los niños sin distinción, tanto a los niños que habitan países subdesarrollados, como a aquellos que proceden de países desarrollados; (iii) los derechos de los niños se aplican por igual a los niños pertenecientes a distintas edades y no aparecen tan sólo cuando opera el tránsito de la adolescencia a la edad adulta; (iv) todos los derechos contenidos en la Convención tanto los derechos civiles y políticos como los derechos sociales, económicos y culturales se relacionan estrechamente y se orientan de manera indivisible a buscar el desarrollo integral de las niñas y de los niños; (v) dado el número de países que han aprobado y ratificado la Convención se establece por primera vez en un documento con precisos alcances jurídicos, la necesidad de asegurar el bienestar y el desarrollo de la niñez como *conditio sine qua non* para el respeto de su dignidad humana; (vi) la familia cumple un papel muy destacado en la vida de los niños. En este sentido, los artículos 5º, 9º, y 18 de la Convención, entre otros, mencionan a la familia como grupo fundamental de la sociedad y como entorno propicio para el crecimiento y desarrollo integral de los menores¹². La Convención destaca, de manera especial, las obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijos y subraya, así mismo, el deber que le corresponde a los Estados de prestar apoyo a los padres así como la obligación de velar por el bienestar de los menores cuando por alguna razón sus familiares no están en condiciones de asumir por sí mismos tal tarea. De este

modo, el Estado debe proporcionar asistencia material y diseñar programas de apoyo a la familia; (vii) los Estados están también obligados a evitar que los niños sean separados de su familia, a no ser que la separación se realice con miras a proteger los intereses superiores del menor. (viii) son cuatro los principios rectores de la Convención: (a) el principio de no discriminación (artículo 2º)¹³; (b) el principio del interés superior del niño (artículo 3º)¹⁴; (c) el principio de la supervivencia y el desarrollo (artículo 6º)¹⁵; el principio de participación (artículo 12)¹⁶; (ix) los Estados deben armonizar lo dispuesto en las legislación interna con los preceptos que se derivan de la Convención excepto en aquellos casos en que la protección ofrecida por el ordenamiento jurídico interno sea mayor; (x) los países miembros se obligan a producir informes periódicos sobre el cumplimiento de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño se encargará de verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Convención.

En sucesivas oportunidades, la Corte Constitucional ha tenido la ocasión de resaltar la importancia de los derechos fundamentales de los niños y no pocas veces ha protegido tales derechos¹⁷ subrayando, de paso, la múltiple categorización que la Norma Superior realiza de las garantías contempladas para los menores¹⁸: los niños gozan de todos los derechos que se establecen en la Constitución y, por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, de aquellos que han sido consignados en los Pactos y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno. Esta protección se ve reforzada en el artículo 44 en donde se contienen de manera enumerativa, aun cuando no excluyente, toda una serie de derechos fundamentales orientados a proteger los intereses superiores del menor.

En relación con el asunto que ocupa a la Sala en esta oportunidad, vale la pena recordar algunas de las precisiones realizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2002. En aquella ocasión le correspondió a la Corte decidir la demanda de constitucionalidad contra el artículo 153 de la Ley 65 de 1993 “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario¹⁹.” Lo dicho por esta Corporación en aquel entonces²⁰, así como lo afirmado por las distintas instancias intervinientes, adquiere especial entidad. Si bien es cierto el asunto bajo examen en la presente sentencia es distinto, la mayoría de intervenciones se refirieron a la importancia y a los efectos que tiene la posibilidad de mantener el vínculo familiar incluso en el caso de encontrarse uno de los padres privado de la libertad y sirven de ilustración hoy.

La Corte Constitucional se pronunció de manera extensa sobre el contenido del artículo 44 superior y destacó la protección reforzada que se desprende de lo dispuesto en ese artículo para los derechos fundamentales de los niños. Con relación a aquellos a quienes corresponde la obligación de proteger los intereses y derechos fundamentales de los menores dijo la Corte:

“la norma indica que se trata de una obligación concurrente de la familia, la sociedad y el Estado. A ellos corresponde asistir y proteger a la niñez con dos objetivos: (a) garantizar su desarrollo armónico e integral y (b) garantizar el ejercicio pleno de sus derechos²¹.”

Destacó el papel fundamental que le corresponde jugar a la familia y puso énfasis en el derecho de cada niña y de cada niño a tener una familia, derecho éste que se deriva no sólo de lo dispuesto en el artículo 44 precitado, sino también de lo consignado en el artículo 5º y en el artículo 42:

“Adicionalmente, en correspondencia con el derecho a la familia del que goza todo menor, los artículos 5º y 42 contemplan una protección especial de dicha institución. En efecto, el artículo 5º señala que el Estado (...) ampara la familia como institución básica de la sociedad.” De forma similar, el artículo 42 indica que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, generando en cabeza del Estado, y de la propia sociedad, el deber de garantizar su protección integral²².”

“Se trata”, dijo la Corte, “(...) de una norma que condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas de bienestar social, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños; siempre se ha de considerar, primordialmente, el interés superior del niño. Los otros dos numerales de esta norma están dedicados a señalar la obligación de los Estados Partes de la Convención a tomar las medidas administrativas y legislativas orientadas a asegurar la protección y cuidado de los niños y las niñas, y la obligación de asegurarse que las instituciones creadas con tal fin se atengan a lo dispuesto por las normas que los rigen²³.”

La Corte señaló, cómo la mayoría de los derechos que se derivan de la Convención coinciden con los establecidos en la Constitución colombiana. Enfatizó, así mismo, la importancia del contenido que se desprende del artículo 27 de la Convención por medio del cual se otorga un especial reconocimiento al derecho de los niños a gozar de nivel de vida adecuado²⁴:

“Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a [tener] un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social²⁵.” Este mandato, afirmó la Corte, “coincide con los preceptos constitucionales que consagran la obligación en cabeza del Estado, la familia y la sociedad de propiciar un ambiente óptimo para el desarrollo del menor. Sin embargo²⁶,” añadió,

“el artículo 27 de la Convención tiene tres numerales adicionales. El segundo señala que la obligación de garantizar un nivel de vida adecuado corresponde a los padres, o a quien tenga la custodia del menor, dentro de sus condiciones o posibilidades económicas. Los numerales 3 y 4 se ocupan de señalar que al Estado le corresponde tomar las medidas que se requieran para apoyar a los padres y demás personas responsables de los menores en su deber de garantizar las condiciones adecuadas de vida que requiere el menor. De igual forma, la legislación nacional reconoce estos derechos a la protección, la asistencia y el cuidado en el Código del Menor, estableciendo que el Estado es su garante, subsidiariamente, cuando los padres o los encargados legalmente del menor no están en capacidad de hacerlo²⁷.”

Respecto del derecho de las niñas y de los niños a no ser separados de sus padres subrayó la Corte que este derecho constituye la regla general:

“en principio todo menor debe estar bajo la custodia de sus padres, pues se presupone que eso es lo que más se ajusta al interés superior del niño. Se considera que los padres van a brindarle el amor y el cuidado que requiere, y a garantizarle las condiciones adecuadas de crecimiento y desarrollo integral²⁸.”

La excepción, entretanto, es que por razones de peso y siempre en pro de los intereses superiores del menor se presente la necesidad de separación:

“Así pues, la separación del menor es una excepción que se funda en la misma razón que la regla, es decir, ésta debe darse cuando, precisamente, sea lo que más promueve el interés superior del niño²⁹.”

La Corte Constitucional también se pronunció sobre los derechos fundamentales de los niños en la sentencia T-292 de 2004³⁰. En relación con el asunto que ocupa la atención de la Corte en la presente ocasión, son relevantes sus consideraciones al respecto de las siguientes cuestiones: (i) el interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional. Debe

interpretarse siempre teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y los posibles conflictos que puedan surgir entre los intereses del niño y los intereses de otras personas. “En otras palabras”, aseguró la Corte, “afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalecientes no significa que sean excluyentes o absolutos³¹.” (ii) Los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con otros derechos y como consecuencia de ello es imprescindible realizar un juicio de ponderación. Este juicio, desde luego, debe ser guiado siempre bajo el criterio de la protección integral y de la promoción del bienestar del niño involucrado, tanto más cuanto por lo general los niños se encuentran en una posición de evidente indefensión o se ven ubicados en una situación irregular de abandono o de peligro.

Tenemos, entonces, que en aquellos eventos en que se hace imprescindible limitar o restringir los derechos fundamentales de los niños, tales limitaciones y restricciones han de obedecer a motivos plenamente justificados. Estas razones deben, pues, contribuir a la obtención de un fin legítimo desde el punto de vista constitucional y guardar un tipo de relación fáctica con el propósito que con ellas se busca obtener. Así las cosas, tales restricciones deben ser, además, necesarias para proteger los intereses o derechos fundamentales de otras personas cuyos intereses juegan en el sentido contrario al de los derechos fundamentales de los niños. En este orden de ideas, no puede existir ninguna otra medida con al menos la misma idoneidad para obtener el fin propuesto y que restrinja de menor manera los derechos fundamentales de los niños. Por último, es preciso realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto³², esto es, un juicio comparativo entre los beneficios obtenidos con la medida adoptada – y restrictiva del derecho fundamental – y el grado de afectación al que se ve expuesto el derecho fundamental. De este modo es factible constatar si existe o no un equilibrio, esto es, si el grado de afectación del derecho fundamental no es excesivo cuando se compara con los beneficios que se obtienen con su restricción. De lo contrario, la medida no superaría el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Justamente en este punto juega un papel de enorme importancia lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-292 de 2004: en circunstancias de evidente indefensión o cuando los menores se ven ubicados en una situación irregular de abandono o de peligro, el criterio guía para examinar si es factible hallar un balance entre la idónea y necesaria restricción de derechos fundamentales del menor y los perjuicios a él ocasionados como consecuencia de tal restricción, no puede ser otro que el que se desprende de lo dispuesto

en el artículo 44 superior, hasta el punto en que, en caso de no ser posible alcanzar un equilibrio de los intereses o derechos fundamentales en juego, existe un argumento poderoso a favor de privilegiar los intereses y derechos fundamentales del menor³³. La anterior, considera la Sala, es una buena forma de acercar dos posiciones aparentemente irreconciliables y antagónicas: de un lado, que como lo ha afirmado la Corte en innumerables oportunidades, en el ordenamiento jurídico colombiano no existen derechos absolutos o excluyentes y, de otro, lo dispuesto por el artículo 44 superior cuando se pronuncia a favor del interés superior y prevaleciente del menor.

En la sentencia C-507 de 2004³⁴, la Corte estimó la necesidad de subrayar que los derechos fundamentales de los niños se caracterizan por ser derechos de protección. Como tales, implican la necesidad de que se adopten una serie de medidas de carácter fáctico y de orden normativo a fin de garantizar su efectividad. Dentro de las medidas de carácter fáctico, dijo la Corte, se encuentran aquellas acciones de la administración que suponen la movilización de recursos, tanto materiales como humanos, para impedir que los derechos de los niños sean vulnerados. Dentro de las medidas de orden normativo, existen toda una serie de mandatos dirigidos a establecer normas especiales de protección, como aquellas orientadas a limitar la edad a partir de la cual los niños pueden realizar actividades de índole laboral. Así, dijo la Corte, concebir los derechos de los niños como derechos de protección no significa

“tan solo una garantía objetiva sino la expresión de un derecho subjetivo fundamental a recibir protección. Este derecho a la protección es correlativo al deber del Estado de adoptar normas jurídicas que protejan al menor, habida cuenta de su vulnerabilidad, de sus condiciones reales de vida a medida que evoluciona la sociedad y su entorno inmediato, y de su exposición a soportar las consecuencias de las decisiones que adopten los mayores sin considerar el interés superior del menor. Constitucionalmente, el Legislador tiene la obligación de adecuar las normas existentes, de forma tal que (a) no desconozcan o violen los derechos fundamentales de los niños y (b) no dejen de contener las medidas adecuadas de protección que sean indispensables para garantizar su desarrollo libre, armónico e integral. Además, el Legislador debe incluir aquellas otras normas que sean necesarias para asegurar el goce efectivo de todos los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en los convenios y tratados [internacionales aprobados y ratificados por Colombia]. Si bien el legislador dispone de un margen de apreciación de las circunstancias y de configuración en

el diseño de las normas de protección de los menores, los medios que escoja deben ser efectivamente conducentes para alcanzar los fines específicos de protección y no excluir las medidas necesarias e indispensables para lograr tales fines. La Constitución exige que en cualquier circunstancia el Estado adopte las normas que aseguren unos mínimos de protección³⁵.”

La Corte Constitucional subrayó, de otro lado, la finalidad que deben tener las medidas de asistencia y protección de los niños. Sostuvo la Corte en aquella ocasión, que sólo son aceptables las medidas orientadas a garantizar el desarrollo armónico e integral de los menores, así como el pleno ejercicio de sus derechos.

“El desarrollo de un menor es integral cuando se da en las diversas dimensiones de la persona (intelectual, afectiva, deportiva, social, cultural). El desarrollo de un menor es armónico cuando no se privilegia desproporcionadamente alguno de los diferentes aspectos de la formación del menor, ni cuando se excluye o minimiza en exceso alguno de ellos³⁶.”

Es evidente, pues, la importancia que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha conferido al carácter protector que asumen los derechos fundamentales de los niños. Las obligaciones en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado confluyen para garantizar a los niños una vida digna y de calidad, ajena a los abusos, a los maltratos y a las arbitrariedades. Sin dejar de lado la responsabilidad que le cabe a la familia y a la sociedad en la realización de los derechos fundamentales de los niños, es preciso destacar el papel activo que le corresponde realizar al Estado. El Estado debe apoyar a la familia y a la sociedad en el desempeño de sus tareas. En aquellos casos en que ni la familia ni la sociedad puedan cumplir con la debida protección de los derechos de los menores, le corresponde al Estado hacerlo. Tal como lo dispone la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, el Estado debe “asegurar plenamente el derecho de los menores a un nivel de vida adecuado, incluidos el derecho a la vivienda, a la alimentación y al más alto nivel posible de salud³⁷.”

De lo anterior se deriva la necesidad de poner en movimiento los recursos económicos y humanos indispensables para que las garantías establecidas en el Texto Constitucional y en los Tratados y Convenios Internacionales no se queden escritas y cobren efectividad. Lugar predominante ocupa la realización del principio de “la supervivencia y el desarrollo” contenido, como lo indicamos en párrafos anteriores, en la Convención sobre los Derechos de

los Niños. Brindar a las niñas y a los niños los elementos indispensables para su supervivencia y desarrollo, no significa solamente ofrecerles los medios para su pleno desenvolvimiento físico. Es preciso, también, garantizar el despliegue integral de su personalidad incluido el plano intelectual, emocional, espiritual y social. En este sentido, la alimentación, la salud y la educación que reciban los niños unidos a los nexos de amor y solidaridad que puedan desplegar dentro de su familia juegan un papel decisivo como factores de desarrollo y configuran algunos de los principales retos, ante todo, cuando se piensa en las niñas y los niños que se hallan por debajo del umbral de pobreza³⁸.

2.3.- La protección que le otorga el orden constitucional a la familia (artículo 42 superior) se proyecta de manera especial en casos específicos como el de los niños y el de los reclusos

El caso concreto bajo examen de la Sala en la presente oportunidad configura dos situaciones especiales. La primera, se plantea con respecto a los derechos fundamentales de los menores que han sido abandonados por su madre y se ven privados de visitar a su padre al estar este último recluido en un establecimiento carcelario ubicado en un lugar muy alejado del sitio de residencia de los menores. La segunda, se presenta en relación con los derechos fundamentales del recluso. La Sala se pronunciará, en primer término, sobre la protección general que se deriva de lo dispuesto en la Constitución para la familia y acerca del modo como se proyecta tal protección sobre los derechos fundamentales de los niños. Luego se ocupará de la manera como se proyecta esa misma protección en el caso de los reclusos.

2.3.1.- Protección general que le confiere la Constitución a la familia

Sin rechazar los elementos conflictivos que pueden derivarse y, de hecho se derivan, de las relaciones familiares, es factible afirmar que existe un acuerdo bastante amplio sobre el lugar preeminente que ocupa la familia en la sociedad. Suele decirse, que la familia es el núcleo de la vida social y factor de identidad y de solidaridad. Esa importancia que despliega la vida familiar en el contexto social fue captada por el constituyente colombiano y traducida en una serie de preceptos que se orientan a proteger de manera especial a la familia. Así, el artículo 5º de la Constitución Nacional establece que “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

En el artículo 42, por su parte, se hace referencia a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad³⁹” y se favorece una manera muy amplia de definir lo que debe entenderse por familia⁴⁰. En este orden de ideas, la familia puede conformarse ya sea (i) “por vínculos naturales o jurídicos⁴¹” (ii) “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio⁴² o” (iii) “por la voluntad responsable de formarla.” (Énfasis fuera del texto original) Como se ve, el constituyente ofreció toda una serie de variables en presencia de las cuales se configuran los lazos familiares. Se cuidó de ser muy flexible, tanto más, por cuanto el concepto de familia es eminentemente dinámico y no puede ni podría verse anclado o encasillado en una definición estática y excluyente. De otra manera, el concepto de familia no sólo correría el riesgo de quedar obsoleto y volverse anacrónico, sino que dejaría de reflejar, a un mismo tiempo, la distinta y múltiple manera como se presentan los vínculos familiares en la sociedad colombiana. Desconocería, de paso, el expreso reconocimiento y la garantía de protección que la Constitución le confiere a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (artículo 7º superior).

En relación con la protección que merece la familia, el artículo 42 es muy claro en afirmar que tanto el Estado como la sociedad deben garantizar una “protección integral.” Más adelante agrega: “la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.” El artículo 42 es un artículo bastante extenso. En relación con el asunto que nos ocupa, estima la Sala pertinente referirse, de manera breve, a la importancia que tiene la familia para la efectiva garantía de los derechos de los niños.

2.3.2.- Importancia que tiene la familia para la efectiva garantía de los derechos de los niños

La familia, como se sabe, desempeña, por lo general, un papel fundamental en el desarrollo y protección de los menores. Son los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropián niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario. De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que le

confiere la Constitución a la protección de la familia⁴³.

Ahora bien, por múltiples motivos, no siempre el ambiente dentro de las familias resulta el más adecuado para el desarrollo integral de los niños. En tal caso, es indispensable la actuación concurrente de la sociedad y del Estado. Es vital, también, establecer una legislación protectora de los menores, claro está, siempre respetuosa de los espacios necesarios para su autodeterminación y para el pleno ejercicio de su libertad. El Estado debe intervenir de manera oportuna dondequiera que los niños puedan ser objeto de maltrato o de violencia – incluso en el seno mismo de su propia familia -⁴⁴. Se puede decir, en suma, que el Legislador así como todas las instancias del Estado deben diseñar sus políticas de manera tal que en el planteamiento y desarrollo de las mismas se impulse un ambiente propicio para el desenvolvimiento de una vida familiar que le proporcione a las niñas y a los niños la posibilidad de desarrollarse integralmente y de ejercer plenamente sus derechos, tanto los establecidos en la Constitución, como todos aquellos que resultan de la normatividad internacional vigente en Colombia por virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior.

2.3.3.- El amparo a la familia derivado de lo dispuesto en el artículo 42 superior se proyecta de modo especial sobre la situación de los reclusos

Como se sabe, la protección que la Constitución le confiere a la familia se desprende especialmente de lo consignado en el artículo 42 pero no se limita tan sólo a lo establecido en esa disposición. Más arriba tuvo la Sala oportunidad de recordar los alcances que la Constitución y la jurisprudencia de esta Corporación le ha fijado a la protección de la familia y la manera como esa protección se proyecta sobre el caso especial de los niños. En adelante, se referirá la Sala al lugar especial que ocupa la familia para quienes han sido privados de la libertad.

La situación en que se encuentran las personas reclusas en centros carcelarios se conecta con el problema general de la pérdida de libertad. El recluso se ve privado de su libertad y de una serie de derechos y posibilidades que transforman por entero su modo de vida y el entorno de su familia y amigos⁴⁵. En este orden de ideas, aún cuando la idea de sanción por el delito no deja de estar presente y tampoco se margina del ambiente que tiene que vivir el recluso, el propósito fundamental no puede ser el de vengar con la pena la acción cometida por el recluso.

(i) Los derechos fundamentales de los reclusos

Sin pretender negar que la pena privativa de la libertad implica, como lo ha dicho la Corte Constitucional, “una drástica limitación de los derechos fundamentales⁴⁶.” Es preciso, no obstante, entender que esa limitación debe proceder dentro de los términos estrictamente necesarios para lograr el fin propuesto, de manera tal, que cualquier limitación adicional ha de ser tenida como:

“un exceso y, por lo tanto, como una violación de [los derechos del recluso]. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección⁴⁷.”

Justamente en este punto la Corte Constitucional ha sido enfática en rechazar la visión dominante, de acuerdo con la cual, dado que los reclusos han cometido delitos y, en ese orden de ideas, han infringido los derechos fundamentales de otras personas, ellos no tienen porqué gozar de derechos.

“Nada más alejado del concepto de dignidad humana y del texto constitucional mismo que esta visión dominante sobre las violaciones a los derechos de los presos”, ha afirmado la Corte y, en ese mismo sentido, ha subrayado: “todo sufrimiento innecesario impuesto a un recluso, pierde la justificación del ejercicio legítimo de la violencia por parte del Estado y se convierte en una atropello que debe ser evaluado de la misma manera como se evalúa cualquier violencia injustificada, ejercida contra un ciudadano que no se encuentra privado de la libertad. Los presos no tienen derechos de menor categoría; tienen derechos restringidos o limitados y cuando esto no sucede, es decir cuando la pena impuesta no se encuentra en contradicción con el ejercicio pleno de un derecho, este debe ser tan protegido y respetado como el de cualquier otra persona⁴⁸.”

“Es necesario pues, eliminar la perniciosa justificación del maltrato carcelario que consiste en aceptar como válida la violación del derecho cuando se trata de personas que han hecho un mal a la sociedad. El castigo de los delincuentes es un castigo reglado, previsto por el derecho y limitado a unos procedimientos y prácticas específicas, por fuera de las cuales el

preso debe ser tratado bajo los parámetros normativos generales. La efectividad del derecho no termina en las murallas de las cárceles. El delincuente, al ingresar a la prisión, no entra en un territorio sin ley⁴⁹.”

Ante todo, deben ser garantizados de una manera efectiva los derechos de los reclusos relacionados con requerimientos materiales de existencia como lo son el derecho a gozar de alimentación, de salud, de habitación, de servicios públicos en condiciones satisfactorias de higiene, calidad y dignidad. Estas exigencias se concretan en una serie de obligaciones de hacer a cargo del Estado, así como de las autoridades públicas que actúan en su nombre, las cuales no pueden ser soslayadas sin que se vulnere de manera directa la Constitución. Tener presente lo anterior, es tanto más importante por cuanto el recluso se encuentra precisamente en una condición de subordinación en la que no goza del derecho a optar – así haya sido él mismo quien se puso en esa circunstancia por sus propias actuaciones -. Al no existir más opción, salta a la vista el grado de vulnerabilidad e indefensión en que se ven puestos los internos y la necesidad de que se satisfagan unas condiciones materiales dignas con el propósito de que su estadía en el Establecimiento Carcelario signifique una oportunidad para la resocialización y no lo contrario⁵⁰.

Como lo ha indicado la Corte Constitucional en múltiples ocasiones⁵¹, si bien es cierto los internos se encuentran en una situación especial de subordinación o sujeción frente al Estado por motivo del crimen cometido y, como consecuencia de lo anterior, algunos de sus derechos se ven suspendidos y otros pueden verse restringidos, también es cierto que varios de sus derechos permanecen intactos y no pueden ser tocados durante todo el tiempo que dure la pena privativa de la libertad. ¿Qué sucede, entretanto, con la protección especial que le otorga el orden jurídico constitucional a la familia? ¿Cómo se proyecta esta protección en el caso de los reclusos?

En este sentido, la protección constitucional de la familia cobra gran importancia y se proyecta de manera especial sobre la situación del interno. En la sentencia T-1190 de 2003⁵² tuvo esta Corte la oportunidad de pronunciarse al respecto y contó, para tales efectos, con el apoyo que le aportaron una serie de intervenciones⁵³ dentro de las cuales se destaca la presentada por la entonces Directora de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo que se puede sintetizar así:

(i) cualquier persona se ve afectada con los efectos emocionales y afectivos que se producen cuando se presenta una circunstancia de desarraigo familiar; (ii) en el caso de las personas privadas de la libertad, esa situación se hace aún más evidente, dadas las severas restricciones a las que se somete a los reclusos, respecto de quienes el contacto familiar emerge “como verdadera tabla de salvación para evitar que esta persona naufrague definitivamente en los patrones de conducta que le impone la cárcel.” (iii) es factible afirmar que para el recluso el único nexo real que permanece vigente frente a la sociedad y en relación con su vida en libertad está constituido por la familia. “Sin duda, el referente familiar representa para el recluso su pasado, presente y futuro.” (iv) Ciertamente, que no es factible dejar de reparar sobre la potestad que le corresponde a la Dirección General del INPEC para fijar lo concerniente a la ubicación y traslado de los internos potestad que “si bien se enmarca dentro de las llamadas competencias discrecionales, no puede ser utilizada con criterios arbitrarios.” (v) La política carcelaria está caracterizada por denotar un tinte retribucionista, “es decir, de vindicta o venganza frente a la persona que ha delinquido, de tal modo que en la praxis lo que predomina es un sistema penitenciario eminentemente represivo.” (vi) La política de revancha despliega consecuencias especialmente negativas en la importancia que se le ha de conceder a la cercanía familiar que debe ser determinante a efectos de “señalar la penitenciaría donde el condenado debe cumplir la pena, o cuando se realizan traslados intempestivos de internos, individuales o masivos como medida de castigo por una presunta o real falta al régimen disciplinario. En estas ocasiones, curiosamente, se olvida los problemas de escasez de presupuesto o de hacinamiento como obstáculos que pueden impedir las fijaciones o los traslados así efectuados.”

La entonces Directora de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo se refirió también a un estudio realizado por un grupo interdisciplinario de investigación a propósito de la importancia que tiene para el interno el mantener los nexos con sus familiares. La investigación se orientó a examinar la situación de los establecimientos carcelarios de Antioquia, del Viejo Caldas y del Tolima y llegó a conclusiones poco alentadoras en lo que respecta al peso que las políticas carcelarias le conceden al aspecto familiar de los reclusos⁵⁴.

En relación con lo anterior, no está de más detenerse a mirar cuáles son los objetivos de la política carcelaria.

(ii) La resocialización como meta principal de la política carcelaria

La Ley 65 de 1993 por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario en su artículo 9º establece que la pena tiene una función protectora y preventiva y determina, así mismo, que su objetivo fundamental consiste en obtener la resocialización. Con respecto a la finalidad del tratamiento penitenciario, el artículo 10 de la Ley 65 insiste de nuevo en que el objetivo debe ser “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal” acudiendo para ello al examen de su personalidad y mediante “la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.”

El artículo 142 establece muy claramente cuál debe ser el objetivo del tratamiento penitenciario, a saber, “preparar al condenado, mediante resocialización, para la vida en libertad.” (Subrayas fuera del texto original). El artículo 143, establece, a su turno, el modo como ha de surtir el tratamiento penitenciario:

“El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva y las relaciones de familia. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible.”

Restaurar los lazos sociales del recluso con el mundo exterior debe ser, por consiguiente, prioritario. De ello dependerá, en gran parte, la posibilidad de resocialización. El Estado y la organización carcelaria han de tener en cuenta una serie de aspectos clave en la vida de los reclusos: los vínculos familiares; la necesidad de sentirse útiles y de ocupar el tiempo de ocio en actividades humanamente enriquecedoras; la posibilidad de verse remunerados por el trabajo realizado no sólo mediante la tradicional rebaja de penas sino por medio del pago de un salario justo y digno. No es, por tanto, con la construcción de más y más centros de reclusión sino a través de la calidad de vida que se ofrezca en dentro de los mismos con el propósito de permitirle a los reclusos su reintegro a la vida en libertad que podrá romperse el círculo vicioso en el que suele moverse la política carcelaria.

Ahora bien, la reforma y readaptación social de los reclusos sería imposible si se priva al interno del contacto necesario y constante que debe tener con sus familiares y allegados. En

este sentido, la Corte ha expresado que: “la familia es el único referente seguro de libertad con el que cuentan las personas recluidas, la mejor forma de mantener contacto con la sociedad y con el mundo fuera del penal”, ante todo, por cuanto “constituye el centro de los vínculos afectivos más importante y duradero, lo cual le permite al recluso sobreponerse a sus condiciones de penuria y guardar esperanzas para la libertad⁵⁵.”

3.- El caso concreto

El caso concreto plantea dos situaciones diferentes aún cuando, dadas las circunstancias del asunto bajo examen, estrechamente relacionadas entre sí. De una parte, la situación de tres menores abandonados por su madre y sin recursos ni posibilidades para poder visitar a su padre por encontrarse este último recluido en una penitenciaría ubicada en un lugar muy lejano al sitio de residencia de los niños. De otra, la situación misma del recluso quien a pesar de haber cometido homicidio agravado y encontrarse, por tal razón, pagando pena privativa de la libertad no ha perdido todos sus derechos y, en particular, no se ha despojado del derecho a mantener los nexos de afecto que lo ligan con sus familiares y allegados.

Como se expuso en párrafos anteriores, el papel que juega la familia tanto en la realización de los derechos fundamentales de los niños como en relación con la posibilidad real y efectiva de “preparar al condenado, (...) para la vida en libertad” es enorme y no es factible soslayarlo sin desconocer a un mismo tiempo la amplia protección que el ordenamiento constitucional ha diseñado en favor de la familia.

En el caso de los niños, la lejanía en que se encuentran de su padre y la carencia de recursos económicos para poder ir a visitarlo, impide que puedan reestablecer unos lazos familiares seriamente debilitados, pues, como lo señala en su concepto la ciudadana Clara María García Gómez, Psicóloga Clínica y Terapista de Familia, docente de la Universidad Nacional, los niños han sufrido el abandono doblemente: la ausencia de la madre, por una parte, y la imposibilidad de establecer una relación con la figura paterna, por otra.

Los niños extrañan a su padre y desean poder visitarlo⁵⁶. Los conceptos emitidos por los expertos consultados coinciden en afirmar la importancia que tiene para los niños tejer desde muy temprano vínculos familiares a partir de los cuales se hace factible no sólo adquirir una plataforma de seguridad, un punto de partida hacia la autodeterminación y hacia la configuración de la propia identidad sino también el afianzamiento de la confianza en sí

misimos y el establecimiento de relaciones de solidaridad con las demás personas que los rodean.

No pretende pasar por alto esta Sala el sinnúmero de dificultades que se ligan con la situación que deben afrontar los tres menores. Estima, sin embargo, que dadas las circunstancias del caso, a saber, el abandono de los niños por parte de la madre; la carencia de medios económicos para poder visitar al padre; el sufrimiento de los niños por no poder ver a su padre y, en suma, la urgencia de reestablecer la comunicación y el contacto entre el padre y los niños, la renuencia del INPEC a conceder el traslado del señor Silva a una cárcel más cercana al lugar de residencia de sus hijos, vulnera de manera grave los derechos de los niños y desconoce, también, el derecho del mismo señor Silva a que se protejan los vínculos con su familia, tan significativos para que tenga lugar su resocialización y, en este mismo sentido, su posibilidad de prepararse para la vida en libertad.

Cierto es que los niños se hallan en una situación irregular. Dentro de las situaciones irregulares previstas en el artículo 30 del Código del Menor dos son relevantes en el presente caso: (1) cuando el menor “se encuentre en situación de abandono o de peligro” (9) cuando el menor “[s]e encuentre en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad.” El artículo 31 del Código del Menor se refiere más directamente a la situación de abandono o de peligro en que se pueden encontrar los niños y en el numeral 2º establece que tal situación también se presenta cuando faltan “en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la Ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.”

Tanto la Constitución como los Tratados y Convenios Internacionales prevén una actuación concurrente de la familia, la sociedad y el Estado con miras a asegurar la efectividad de los derechos de los niños. Ahora bien, en aquellas situaciones irregulares que representen algún peligro para la vida o integridad de los menores, cuando la familia no pueda obrar o se vea limitada para hacerlo, deberá actuar el Estado. Justamente en este sentido se pronuncia también el Código del Menor (Decreto 2737 de 1980) cuando en el artículo 23 establece lo siguiente:

“El Bienestar Familiar es un servicio público a cargo del Estado cuyos objetivos, además de

los establecidos en otras normas, son los de fortalecer los lazos familiares, asegurar y apoyar el cumplimiento de los deberes y obligaciones de sus miembros, tutelar sus derechos y brindar protección a los menores.”

En el caso bajo estudio, insistimos, es evidente que los niños deben ser objeto de una especial protección por parte del Estado, tal como lo dispone el artículo 29 del Código del Menor:

“El menor que se encuentre en algunas de las situaciones irregulares definidas en este Título, estará sujeto a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el presente Código”.

Así las cosas, estima la Corte pertinente solicitar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con el artículo 32 del Código del Menor que informe al Defensor de Familia más cercano al lugar de residencia de los niños a fin de que en forma inmediata se adopten las medidas necesarias para la protección de los derechos de los menores⁵⁷.

De esta manera, se podrá dar respuesta a los importantes interrogantes que planteó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en su intervención y se podrá determinar por parte de profesionales especializados – trabajadores sociales o psicólogos – mediante un examen más cercano y profundo de las circunstancias del caso concreto, qué es lo mejor para el desarrollo integral de los niños y qué armoniza más con la garantía de sus derechos fundamentales.

Ante todo, se podrá establecer – en el sentido expuesto por la intervención de la Universidad Nacional – qué es lo que los niños más desean. Así, sobre la base del respeto a su propia autonomía y partiendo de un más amplio conocimiento del contexto en que se desarrollan sus vidas, lograr que ellos mismos puedan comprender en mejor forma la situación que les ha correspondido soportar para extraer de allí elementos positivos que los impulsen a la superación y a la construcción de vínculos de solidaridad entre los hermanos, su abuela y su padre.

En este orden de ideas es preciso, como dice el informe de la Universidad Nacional, “[g]arantizar a los niños la presencia paterna teniendo en consideración su solicitud, la ausencia de la figura materna y las edades de los niños” y, en tal sentido, garantizar de igual

forma que los niños sean acompañados por su abuela para que, entre todos, con fundamento en el nexo de afecto que los une, en el dialogo y la mutua comprensión, puedan enfrentarse a una situación difícil pero no imposible de superar.

Esta solución no solo concuerda en general con lo prescrito en la Constitución sobre los derechos fundamentales de los niños sino que armoniza con lo establecido por la Convención de los Derechos de los Niños. De los cuatro principios derivados de la Convención, mencionados más arriba, cobran especial relevancia en el caso bajo análisis dos: (i) el principio del interés superior del niño (artículo 3º) y (ii) el principio de participación (artículo 12).

En el artículo 3º de la Convención se establece:

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

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

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

El artículo 12 de la Convención garantiza, a su turno, el derecho de los niños a participar activamente en la adopción de las decisiones que habrán de afectarlos.

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

del niño.

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

La jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha otorgado especial relevancia a la autonomía de los menores y a la necesidad de que los menores sean escuchados cuando se trata de adoptar aquellas decisiones que han de afectarlos. Así lo ha establecido en innumerables oportunidades y especialmente en la sentencia T-477 de 1995 cuando subrayó que los niños no son propiedad de nadie; ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercer su libre albedrío no sacrifica aquélla⁵⁸.” La situación trágica en que se encuentren los menores no trae como consecuencia la negación de su libertad y menos pasar por alto la necesidad de solicitar su consentimiento cuandoquiera que sus derechos fundamentales se vean vulnerados o amenazados de vulneración.

De acuerdo con lo expuesto, resuelve la Sala conceder protección a los derechos fundamentales de los tres menores y amparar, en especial, su derecho a tener una familia que se deriva de lo consignado en el artículo 42 de la Constitución Nacional y es, a su vez, clave para la realización de los demás derechos fundamentales de los niños (artículo 44 superior). Estima la Sala imprescindible tener en cuenta, también, la situación del propio señor Silva.

No pierde de vista la Sala que el INPEC goza de un margen para determinar lo referente a las políticas que se desarrollarán dentro de los penales y para establecer, en concreto, aquellas medidas de traslado que se adopten por razón de seguridad o descongestión. Así lo dispone el artículo 73 del Código Carcelario y Penitenciario (Ley 65 de 1993) cuando establece:

“Corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario disponer del traslado de los internos condenados de un establecimiento a otro, por decisión propia, motivada o por solicitud formulada ante ella.”

El artículo 75 enumera las causales que dan lugar al traslado de internos⁵⁹ y, en efecto, las razones familiares no están previstas allí, al menos no de manera expresa. No obstante, estima la Corte que en el caso concreto es preciso inaplicar el artículo 75 y solicitar el traslado inmediato del recluso a una cárcel ubicada en un lugar cercano al sitio donde residen sus hijos. Solo de esta forma podrán ampararse de manera efectiva los derechos constitucionales fundamentales de los menores, los cuales, como fue demostrado a lo largo de las consideraciones de la presente sentencia, gozan de una especial garantía tanto en el ámbito interno como en el plano internacional. Únicamente de este modo se ofrecerá la opción a los niños de reestablecer el contacto con su padre y se dará oportunidad al padre de reanudar el contacto con sus familiares y allegados, contacto éste, que, como vimos, es clave en el proceso de crecimiento integral de los niños en todos los aspectos de su vida y es también significativo en la preparación del señor Silva para vivir el día de mañana su vida en libertad. Así, pues, tanto las circunstancias que rodean el caso concreto como los derechos constitucionales fundamentales en juego y el buen comportamiento del recluso certificado por el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Girón Santander aportan a la Corte buenas razones para adoptar la decisión en el caso sub examine.

El margen de discrecionalidad que le cabe a las instituciones estatales existe, pero en el ejercicio del mismo no se puede desconocer que ningún margen de apreciación, ningún bien jurídicamente protegido, ningún derecho dentro del ordenamiento constitucional colombiano puede ser ejercido de manera absoluta y excluyente. Más arriba tuvo la Sala oportunidad para pronunciarse acerca de los derechos de los niños y sobre la manera en que debe interpretarse la prevalencia de sus derechos acogida tanto en el artículo 44 de la Constitución Nacional como en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Esta superioridad tampoco implica que los derechos de los niños sean absolutos y excluyentes. Los derechos fundamentales de los niños también admiten limitaciones, por supuesto, cuando tales restricciones están legitimadas desde el punto de vista constitucional, esto es, cuando son idóneas, necesarias y superan el test de proporcionalidad en sentido estricto.

En el caso bajo estudio de la Sala en esta ocasión, podría decirse a primera vista que la restricción de los derechos de los niños está justificada y es necesaria tanto por razones de prevención general de la criminalidad como por motivos de prevención especial. Cuando se realiza un examen sobre la restricción de los derechos de los niños – en este caso el no traslado de su padre a un lugar más cercano al sitio donde los niños residen – y se compara

con los efectos negativos que, dada la situación irregular en que se encuentran los menores, se despliegan para la efectiva realización de sus derechos fundamentales, es factible constatar un desequilibrio. Como ya lo expresó la Sala en párrafos anteriores, es justamente en este punto en el que los intereses superiores y prevalecientes del menor adquieren un peso específico y es precisamente por tal razón que la Corte considera razonable ampararlos.

Tampoco puede dejarse de lado que el recluso es un ser humano y merece toda la consideración y el respeto. Ya el hecho de verse privado de la libertad y recluido en un establecimiento donde facetas muy importantes de su vida serán “administradas” de modo absoluto por la institución carcelaria, significa una carga especialmente pesada. El hecho de que el recluso haya trasgredido el ordenamiento jurídico de manera grave, insistimos, no significa ni puede significar abandonar al recluso a su propia suerte y desatender una serie de asuntos que son imprescindibles para reconstruir el tejido social que se rompe con su reclusión⁶⁰. Tampoco se puede soslayar el hecho de que el señor Silva se ha caracterizado por su buen comportamiento en el tiempo que lleva recluido.

En este orden de ideas, es preciso que las instituciones estatales fijen una escala de prioridades dentro de las cuales, sin lugar a dudas, la necesidad de dotar al recluso de herramientas para facilitar la reconstrucción de lo que habrá de ser su vida en libertad, ocupa un preeminente lugar. Esto solo puede suceder si de manera simultánea se toma muy en serio la necesidad que tienen los reclusos de: (i) reestablecer, nutrir y consolidar sus vínculos familiares; (ii) gozar de condiciones dignas de reclusión que les garantice vivir con dignidad bajo condiciones dignas de higiene, alimentación y salud y les asegure, de este modo, la posibilidad de rescatar su propia autoestima así como la confianza y seguridad en sí mismos y en el medio que los rodea; (iii) invertir el tiempo de ocio en la cárcel de manera creativa, humanamente enriquecedora y productiva; (iv) obtener recursos económicos para ellos mismos y para quienes de ellos dependen; (v) armonizar las políticas carcelarias con las disposiciones constitucionales y en ese sentido también con las exigencias que se derivan de los Pactos sobre Derechos Humanos aprobados por el Congreso de la República y ratificados por el Gobierno, exigencias éstas, que de conformidad con lo previsto en el artículo 93 superior, deben servir de canon para la interpretación de los derechos y deberes establecidos en la Constitución Nacional⁶¹.

Al respecto de las políticas carcelarias, ha dicho la Corte que estas deben estar orientadas justamente a “facilitar las condiciones para una verdadera resocialización de las personas que han sido condenadas penalmente a pena privativa de la libertad”⁶². Lo anterior, como consecuencia de la concepción humanista que impregna el sistema jurídico colombiano que se inspira en el principio superior de la dignidad humana. De ahí la estrecha conexión que debe existir y, de hecho existe, entre los preceptos constitucionales y lo establecido en la Ley 65 de 1993, en particular, con lo consignado en los artículos 142 y 143 que tuvimos ocasión de mencionar más arriba.

Dentro del esfuerzo por reestablecer los vínculos del recluso con la vida en libertad, la presencia constante de la familia desempeña un papel de considerable importancia. Esta Corte lo ha reiterado en numerosas oportunidades y particularmente en la sentencia 1190 de 2003 cuando afirmó:

“El proceso de resocialización es impensable o mucho más adverso sin el concurso activo y la presencia constante del grupo familiar. Esto se explica por varias razones: porque la familia es el único referente seguro de libertad con el que cuentan las personas reclusas, la mejor forma de mantener contacto con la sociedad y con el mundo fuera del penal, y sobre todo, porque constituye el centro de los vínculos afectivos más importante y duradero, lo cual le permite al recluso sobreponerse a sus condiciones de penuria y guardar esperanzas para la libertad.” Sin estos elementos es bastante difícil que se realice en una medida razonable el propósito de resocialización⁶³.”

“Por otro lado, la Corte también constata que existe una relación especial entre algunos de los derechos fundamentales de los internos y las condiciones necesarias para mantener el contacto con la familia. En este sentido, el derecho a la comunicación oral, escrita o presencial se conjuga casi hasta confundirse con los derechos a la dignidad y a la libertad. En este contexto el caso de las visitas y de las visitas íntimas es de los más elocuentes y paradigmáticos. En efecto, mediante el ejercicio de estas prácticas la vida cobra sentido para los reclusos, se redimensiona la existencia, se fortalecen los vínculos de pareja y se abren alternativas para mantener la unidad familiar⁶⁴.”

“En conclusión, existe para la Corte una especial relación entre las condiciones necesarias para mantener el contacto con la familia y los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la

personalidad, a tener y conservar una familia de que son titulares las personas privadas de la libertad. Situación que cobra una especial dimensión una vez revisadas las características del sistema progresivo penitenciario, la función resocializadora de la pena, y los deberes de prestación que surgen para el Estado en el caso de las relaciones de especial sujeción⁶⁵.”

No es suficiente, para estos efectos, aumentar el número de establecimientos carcelarios. Es preciso diseñar estrategias innovadoras y creativas orientadas a sentar prioridades para cumplir el objetivo que se pretende alcanzar: “preparar al condenado, mediante resocialización, para la vida en libertad.”

Con fundamento en las reflexiones que anteceden, resuelve la Sala amparar los derechos cuya protección se solicitó mediante la acción de tutela instaurada y, en este sentido, decide ordenar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) que en el menor tiempo posible disponga el traslado del señor Ramiro Silva a la Cárcel de Neiva o a otro Establecimiento Carcelario ubicado en un lugar más cercano a la ciudad de Pitalito que es el sitio donde residen sus hijos y familiares.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima 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 día 30 de junio de 2005 por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia, fallo materia de revisión.

SEGUNDO: CONCEDER la tutela a los menores cuya identificación aparece en la solicitud y, en este orden de ideas, proteger sus derechos fundamentales derivados del artículo 44 de la Constitución Nacional y del artículo 42 superior.

TERCERO: CONCEDER al señor Ramiro Silva la tutela de su derecho fundamental a restaurar y consolidar sus lazos familiares de conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional.

CUARTO: ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario que en el término de cinco

(5) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia se cumplan los trámites pertinentes para efectuar el traslado del señor Ramiro Silva al Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Neiva o a otro Establecimiento Carcelario ubicado en un lugar cercano a Pitalito Huila o de más fácil acceso al sitio donde residen sus hijos. Este traslado no podrá demorar más de treinta (30) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sentencias en las cuales también se destaca que toda actividad discrecional de las autoridades públicas – de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo – “ ‘debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven e causa ...’ y se agrega que, de esta manera, “la discrecionalidad legal del traslado, impide que el juez de tutela interfiera en tal decisión, siempre y cuando la misma no sea arbitraria y no vulnere o amenace derechos constitucionales fundamentales que no puedan ser limitados o suspendidos, ni siquiera estando en la condición de reo, como lo serían el derecho a la vida, la integridad física y la salud, entre otros.”.

2 Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-143 de 1999; T-715 de 1999; T-407 de 2002;

T-864 de 2002; T-1159 de 2004.

3 “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en un de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.//También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.//También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

4 Corte Constitucional. Sentencia T-1159 de 2004.

5 Como lo ha señalado la Corte Constitucional. “Si bien el artículo 44 es la principal referencia normativa, no es la única. Por ejemplo, el artículo 50 de la Carta fija una protección especialísima para los niños menores de un año en materia de seguridad social: si no están cubiertos por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrán derecho a recibir gratuitamente atención en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. Por otra parte, el artículo 67, que regula el derecho a la educación, indica que los menores tienen el derecho y el deber de recibir educación entre los 5 y los 15 años de edad, precisando que ese tiempo comprende un año de preescolar y nueve de educación básica.” Sentencia C-157 de 2002.

6 Los datos sobre la situación de los menores en Colombia son alarmantes. En el último año se han registrado más de 638 casos de violencia contra los niños que van desde asesinatos, violaciones, masacres, desapariciones y maltrato intrafamiliar. Entre enero y agosto del presente año han sido asesinados 582 niños en el país. El Instituto de Medicina Legal informó que en ese mismo lapso se han presentado 7.055 casos de maltrato infantil, 1.434 casos más que los que se presentaron en el 2004. La cifra de delitos sexuales contra los menores también ha aumentado en este año. Igual de preocupante es el número de niños abandonados por sus padres en las calles de las distintas ciudades de Colombia. Según el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la cifra de niños abandonados asciende a 318. Ver EL TIEMPO, sábado 19 de noviembre de 2005. Consultar también: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

7 Artículo 24: Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna (...) a las medidas de

protección que su condición de menor requiere.”

9 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.

10 Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

11 Consultar en: www.unicef.org/spanish/crc.htm.

12 “Artículo 5. Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.”

“Artículo 9.

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

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

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

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como

la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.”

“Artículo 18.

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

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

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

“Artículo 20.

1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 27

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

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.”

13 “Artículo 2.

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

físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

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

14 “Artículo 3.

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

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

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

15 “Artículo 6.

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

16“ Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio

propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

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

17 Corte Constitucional. Sentencia T-429 de 1992 (protege el derecho al acceso a la educación normal frente a la educación especial); sentencias T-523 de 1992; T-217 de 1994; T-278 de 1994; T-339 de 1994 (protegen el derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella); sentencia T-524 de 1992 (protege el derecho de los niños al libre desarrollo de su personalidad); sentencias T-067 y T-068 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la igualdad de oportunidad en colegios bilingües; sentencias T-378 de 1994, T-068 de 1994, T-204 de 1994 (protegen el derecho de los niños a la vida y a la salud; sentencia T-466 de 1992 (protege el derecho de los niños a la recreación.

18 Consultar, entre otras, las siguientes sentencias: T 402 de 1992 ; la sentencia SU-043 de 1995 y la sentencia C-157 de 2002.

19 “Artículo 153 — Permanencia de menores en establecimientos de reclusión. La dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario permitirá la permanencia en los establecimientos de reclusión a los hijos de las internas, hasta la edad de tres años.//El servicio social penitenciario y carcelario prestará atención especial a los menores que se encuentren en los centros de reclusión. Las reclusiones de mujeres tendrán guardería.”

20 La Corte estimó en ese entonces: “que el artículo 153 del Código Penitenciario y Carcelario no descono[cía] los derechos de los menores, al permitir que éstos permanezcan en el centro de reclusión en el que se encuentra su madre hasta la edad de tres años. Sin embargo,” subrayó la Corte en aquella ocasión, “no le corresponde al INPEC impedir que el menor ingrese al establecimiento ni decidir sobre la separación de la madre y el hijo sino a las autoridades judiciales, mediante los procedimientos legales establecidos principalmente en el Código del Menor, o los constitucionales como la acción de tutela cuando ello sea procedente para proteger los derechos fundamentales de los niños y promover el interés

superior del menor, aún antes de que alcancen la edad límite indicada.” Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2002.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2002.

22 Ibídem..

23 Ibídem.

24 “Las inversiones que realizamos hoy en día en los niños y las mujeres,” dijo Carol Bellamy, Directora Ejecutiva del UNICEF (Dublín, octubre de 1997), “servirán para garantizar el bienestar y la productividad de las generación futuras. De hecho, los niños son el patrón más preciso que disponemos para medir el desarrollo.”

25 Ibídem.

26 Ibídem.

27 Ibídem.

28 Ibídem.

29Ibídem.

30 En aquella oportunidad le correspondió a la Corte Constitucional decidir si los derechos fundamentales de una menor y, en particular, el derecho a tener una familia habían sido infringidos por la decisión de la Defensora de Familia de retirarla del hogar de quienes habían sido durante un largo tiempo – por voluntad de la propia madre de la niña – sus padres sustitutos y ubicarla, también a solicitud de su propia madre, en un hogar sustituto. Se preguntó la Corte en aquella ocasión si con la decisión adoptada por la Defensora de Familia realmente se habían protegido los intereses superiores de la menor . Luego de una serie de reflexiones y con fundamento en conceptos e informes realizados por psicólogos y profesionales especializados así como sobre la base de un análisis cuidadoso de las circunstancias que rodearon el caso concreto, decidió la Corte que los vínculos familiares no se conforman solamente en virtud de los lazos de parentesco sino que ellos pueden surgir, de modo más fuerte y profundo, con personas con las que no existe vínculos de sangre.

31 Corte Constitucional. Sentencia T-292 de 2004.

32 Sobre el juicio de proporcionalidad como límite a los límites de los derechos fundamentales se han pronunciado varias sentencias de la Corte Constitucional: Sentencia T-015 de 1994; SU-642 de 1998; T-741 de 1999; T-417 de 2000; entre muchas otras.

33 “[E]l criterio guía del interés prevaleciente y superior del menor no puede ser tomado a la ligera, ni debe subordinarse a la consideración de los demás derechos e intereses en juego; por el contrario, debe ser el principal parámetro de juicio y evaluación de la situación respecto de la cual se ha de decidir, hasta el punto de que los derechos de las demás personas implicadas deben armonizarse, en lo posible, con él, y en caso de conflicto, ceder ante su expresa primacía constitucional.”

35 Corte Constitucional. Sentencia C-507 de 2004.

36 *Ibíd.*

37 www.unicef.org/spanish/crc.htm

38 “Los Estados deben llevar a cabo todo tipo de estrategias para ayudar a los niños más desfavorecidos, como son los niños que viven por debajo del umbral de la pobreza. Descubrir la cantidad de niños que se encuentran en esta situación y analizar su entorno forma una parte esencial de tales estrategias, y en este contexto la organización de un sistema efectivo del registro e nacimiento puede ser fundamental. Muchos niños del mundo carecen aún de certificado de nacimiento, ya sea porque viven en zonas rurales o remotas, porque hay un número insuficiente de funcionarios del registro civil o porque las leyes nacionales no confieren ningún estatuto jurídico para los niños abandonados.”
www.unicef.org/spanish/crc.htm

39 En la sentencia T-503 de 1999 dijo la Corte que “La familia es más que una entre muchas formas de asociación, aquella reconocida por el Estado, sin discriminación alguna, como la institución básica de esta sociedad.” En este orden de ideas, la familia “no es apenas un ente ficticio de cuyo origen contractual, o afiliación posterior, se desprenden para las personas que la conforman derechos y obligaciones.” Configura la piedra angular de la organización social “en todas las culturas presentes en el territorio nacional.” Los efectos que

resultan tanto de la constitución como de la disolución de la familia son inmensos y abarcan desde la modificación del estado civil de cónyuges o compañeros hasta la generación de una serie de obligaciones recíprocas, ventajas y lazos de solidaridad.

40 “Artículo 42.-La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.//El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.//La honra 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 hijos, deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.//Las formas de 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 persona y los consiguientes derechos y deberes.”

41 El concepto de familia abarca también la familia de hecho (sentencias C-105 y C-239 de 1994; C-533/ de 2000 y C-1033 de 2002). En este orden de ideas se establece en la sentencia C-016 de 2004 : “A partir de las anteriores consideraciones la Corte concluyó en la sentencia C-1033 de 2002, – donde declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1º del artículo 411 del Código Civil -, que si la obligación alimentaria se fundamenta en el principio de solidaridad, según el cual los miembros de la familia tienen la obligación de suministrar la subsistencia a aquellos integrantes de la misma que no están en capacidad de asegurársela por sí mismos, y la unión marital de hecho al igual que el matrimonio está cimentada en la ayuda y socorro mutuos de quienes integran esas relaciones, no resulta razonable ni proporcional que se brinde un tratamiento desigual en materia de derecho de alimentos a los

compañeros permanentes que conforman dicha unión frente a quienes celebraron contrato de matrimonio, por el simple origen del vínculo familiar.” (...) “De las consideraciones preliminares de esta sentencia se desprende que en atención al mandato contenido en los artículos 5 y 42 superiores el amparo a la familia – constituida por vínculos naturales o jurídicos- como institución básica de la sociedad, debe darse por el Estado y la sociedad sin discriminación alguna y por lo tanto, si bien el matrimonio y la unión marital de hecho no son totalmente asimilables, en materia de alimentos debidos a los cónyuges o a los compañeros permanentes que forman una unión marital de hecho no cabe establecer discriminaciones.”

42 En varias oportunidades ha subrayado la Corte que el concepto de familia no está ligado de manera necesaria con el concepto de matrimonio. Así lo afirmó también en la sentencia precitada cuando reconoció que los vínculos familiares no se extinguen por extinguirse el matrimonio pues existen circunstancias en el matrimonio que deterioran seriamente la vida familiar y se hace necesario el divorcio como medio para restaurar la estabilidad familiar: “Además, los principios que antaño se expusieron a favor de la institución matrimonial y de los hijos menores para hacer del matrimonio un estado inamovible, hoy no resultan válidos. No lo son en relación con la institución familiar porque, como se ha expuesto, ella persigue la estabilidad del grupo familiar como presupuesto del sistema social y como lugar propicio para el desarrollo integral de los hombres y mujeres que la integran, en todos los órdenes; de ahí que si el vínculo existente entre la pareja no garantiza sino que, por el contrario, perturba la estabilidad familiar, desaparecen los intereses éticos, sociales y jurídicos que justifican su permanencia. Tampoco pueden invocarse estos argumentos como válidos en interés de los hijos menores, en razón a que si los padres involucrados en un conflicto conyugal solicitan, individual o conjuntamente el divorcio, es porque, como intérpretes reales de las circunstancias vividas, consideran que a los hijos les resulta mejor enfrentarse a la realidad de una ruptura que verse abocados a crecer en un ambiente hostil.”

43 En la sentencia C-660 de 2000, tuvo la Corte oportunidad de pronunciarse sobre la necesidad de procurar condiciones propicias para el buen desenvolvimiento de la vida familiar. En este sentido expresó la Corte: “El régimen constitucional de la familia, cuya piedra angular es el artículo 42, en concordancia con el artículo 5º, busca hacer de esta institución el ámbito adecuado para que dentro de un clima de respeto, no violencia, e igualdad, sus integrantes puedan desarrollarse a plenitud como seres humanos, con la

garantía de intimidad que permita el transcurso de la dinámica familiar sin la intromisión de terceros. Busca, así mismo, lograr un equilibrio entre la estabilidad necesaria para el desarrollo de sus miembros con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad a que tienen derecho cada uno de sus integrantes, aspecto éste donde cobra especial importancia la existencia de un ambiente de respeto por cada persona y de libre expresión de los afectos y emociones. Porque la Constitución Nacional reconoce en la familia una institución esencialmente dinámica y vital, donde cobran especial importancia los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad.”

44 En la sentencia C-273 de 1998 se pronunció la Corte de la siguiente manera: “La búsqueda de la igualdad real y efectiva y el deber de protección a la familia contra toda forma de violencia explican que en el Estado social de derecho el ámbito doméstico no sea inmune a la intervención judicial en amparo de los derechos fundamentales de sus miembros. Esta injerencia del Estado en las relaciones familiares es empero excepcional, pues sólo en ocasiones especiales su presencia es necesaria para la protección de los derechos constitucionales. Por ende, no toda intromisión del Estado es constitucionalmente válida, como quiera que la esfera de protección del derecho a la intimidad familiar marca un límite a estas intervenciones. Sin embargo la garantía de inmunidad del espacio privado puede ceder frente al deber estatal de protección de la familia.” (...) “La búsqueda de la igualdad real y efectiva y el deber de protección a la familia contra toda forma de violencia (CP art. 13 y 43) explican que en el Estado social de derecho (CP art. 1º) el ámbito doméstico no sea inmune a la intervención judicial en amparo de los derechos fundamentales de sus miembros. Esta injerencia del Estado en las relaciones familiares es empero excepcional⁴⁴, pues sólo en ocasiones especiales su presencia es necesaria para la protección de los derechos constitucionales. Por ende, no toda intromisión del Estado es constitucionalmente válida, como quiera que la esfera de protección del derecho a la intimidad familiar (CP. art. 15) marca un límite a estas intervenciones. Sin embargo la garantía de inmunidad del espacio privado puede ceder frente al deber estatal de protección de la familia. Por ello, esta Corte, al condenar la agresión doméstica contra las mujeres, que son víctimas muy usuales de la violencia intrafamiliar, había señalado con claridad que no se puede “invocar la intimidad y la inviolabilidad de los hogares para justificar agresiones contra las mujeres en las relaciones privadas y domésticas. Es más, esta violencia puede ser incluso más grave que la que se ejerce abiertamente, pues su ocurrencia en estos ámbitos íntimos la convierte en un

fenómeno silencioso, tolerado, e incluso, a veces, tácitamente legitimado.⁴⁴. (...)“En tal contexto, ¿cuáles son los requisitos para que la intervención estatal se autorice constitucionalmente?. La jurisprudencia ya los ha señalado con claridad, a saber: no podrá dirigirse a imponer un modelo determinado de comportamiento (i), pero si a impedir la violación de derechos fundamentales (ii), o para garantizar los derechos de los miembros más débiles (iii), para erradicar la violencia de la familia como prioridad de protección estatal (iv), para restaurar el equilibrio quebrantado que se origina en la posición dominante de uno de los miembros de la relación nuclear (v), que exista gravedad en la alteración o en la amenaza de los derechos de quienes conforman el hogar (vi), y finalmente que la intromisión del Estado sea necesaria, proporcional y razonable (vii).”

45 La Corte Constitucional ha distinguido entre aquellos derechos fundamentales de los reclusos que permanecen suspendidos en el lapso que dura la pena de reclusión; aquellos que pueden ser objeto de restricción y aquellos que no pueden ser ni suspendidos ni restringidos. Dentro de los derechos que permanecen suspendidos, se encuentran, entre otros, el derecho fundamental a la libertad, el derecho a la libre circulación, los derechos políticos. Entre los segundos, se encuentran, por ejemplo, los derechos a la intimidad, a la comunicación (oral, telefónica, etc.), al trabajo, a la educación el derecho a la libre escogencia de profesión u oficio. Forman parte de los derechos fundamentales que no pueden someterse a restricción de ninguna especie y tampoco pueden ser suspendidos, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a no sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho fundamental a la garantía del debido proceso. Una buena síntesis se encuentra en la sentencia T-1190 de 2003.

46 Ibídem.

47Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992.

48 Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992

49 Corte Constitucional. Sentencia T-596 de 1992.

50 Al respecto se ha pronunciado la Corte Constitucional de manera reiterada. Consultar, por ejemplo, las sentencias T-388 de 1993; T-420 de 1994; T-714 de 1995; T-435 de 1997.

51 Consultar: Corte Constitucional. Sentencia T-1190 de 2003.

52 En aquella ocasión le correspondió la Corte Constitucional establecer si la decisión adoptada por la Penitenciaría Nacional de Valledupar orientada a negar la posibilidad de que un interno desarrollara una actividad laboral que le proporcionara la oportunidad de comunicarse con su familia infringía o no los derechos fundamentales del recluso a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a tener una familia. Especial consideración le dio la Corte en esa oportunidad a la reflexión acerca del concepto y alcances de la resocialización de los internos en tanto objetivo de la política carcelaria así como a la presencia de la familia durante el lapso en que se prolonga la pena privativa de la libertad. En este sentido dijo la Corte: “la importancia que reviste la presencia activa de la familia durante el periodo en que se prolonga la privación de la libertad de las personas condenadas es indudable. Sobradas razones de índole jurídica (la familia es el núcleo básico de la sociedad), psíquica (importancia anímica de la vigencia de los lazos de solidaridad) y afectiva (satisfacción de necesidades sexuales y afectivas esenciales) así lo indican. La veracidad de esta premisa se refuerza con el argumento normativo que se desprende del sistema progresivo penitenciario, que cuenta entre sus presupuestos el de la presencia activa de la familia en el proceso de resocialización del interno (art., 143 de ley 65 de 1993).”

53 Se interrogó también al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario sobre el peso que esa institución le concede a la necesidad de mantener y fomentar los vínculos entre los reclusos y sus familiares. A propósito de lo anterior, la Corte resumió la respuesta del INPEC en los siguientes términos: “Respecto del rol que desempeña la familia en la política pública de resocialización, indicó que las acciones de atención, acompañamiento y orientación social, como el contacto del interno con su familia ocupan un importante lugar en dicha política pues ‘en su papel como núcleo primario de socialización y soporte afectivo, la familia se torna fundamental, por cuanto constituye el medio natural de la relación del interno con el mundo fuera de la prisión y por lo tanto factor clave en su proceso de integración social.’ No obstante, también indicó que la efectividad de estas acciones depende de la posibilidad de contacto directo entre familia y recluso, lo cual debe apreciarse en el marco del régimen penitenciario y carcelario (definición del sitio de reclusión, posibilidad de traslados, regímenes de visitas altamente regulados).”

54 “En la realidad carcelaria colombiana, la familia es en la práctica un integrante

fundamental de la Red Social de Apoyo, ya que ella es el soporte básico de los internos(as) en lo afectivo y lo material. Pese a que existen evidencias sobre el impacto devastador que la prisionalización (sic) tiene sobre la familia y que el Decreto 3002 de 1997 de la Presidencia de la República le exige al INPEC darle atención a los hijos(as) y familiares de los internos(as), paradójicamente la familia es la gran ausente en los planes del Sistema Progresivo Penitenciario; esto se puede constatar al analizar algunos documentos internos del INPEC que recogen las metas del SPP a corto, mediano y largo plazo.” (...) “El incumplimiento por parte del Estado de su papel como garante de los derechos de las personas recluidas en prisión, el reconocimiento por parte de las familias del riesgo que esta situación entraña para el pariente recluido(a) y la pervivencia de lazos afectivos fuertes entre los miembros del grupo familiar, finalmente lleva a las familias de los internos(as) a tratar de suplir las falencias del Estado.”

55 Corte Constitucional. Sentencia T-1190 de 2003.

56 Según lo expuesto por la abuela de los niños, ellos llevan más de 19 meses sin poder ver a su padre y la falta del padre ha proporcionado a los nietos un sufrimiento “cada vez mayor pues esta situación les está afectando de una manera irreparable [tanto] su salud mental, como emocionalmente y moralmente se están retrasando de una forma alarmante. Es tan grave esta situación que mi hijo se ha dirigido a la presidencia de la República y a la dirección del INPEC para que le colaboren con el traslado sin que haya sido escuchado, no entiendo porqué no lo escuchan. A pesar de que les a (sic) manifestado el evidente estado de calamidad en que tanto él como sus hijos se encuentran.”

57 “Artículo 36: Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentre el menor, declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo a la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Para este propósito, actuará de oficio o a petición de cualquier persona que denuncie la posible existencia de una de tales situaciones.”

“Artículo 37. El Defensor de Familia, de manera inmediata al conocimiento del hecho, abrirá la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor. En el mismo auto podrá adoptar, de manera provisional, las

medidas a que se refieren los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo. Las diligencias y la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de la investigación, deberán ejecutarse dentro de un plazo máximo de veinte (20) días.”

“ARTICULO 38. El Defensor de Familia, antes de pronunciar su decisión, oirá el concepto de los profesionales que hacen parte del equipo técnico del Centro Zonal del Instituto de Bienestar Familiar o de la respectiva Regional y entrevistará al menor sujeto de la protección, con el objeto de obtener la mayor certeza sobre las circunstancias que lo rodean y la medida más aconsejable para su protección.”

58 En aquella oportunidad la Corte tuvo que decidir un caso particularmente difícil. Un niño al que aún siendo muy pequeño le fueron cercenados sus órganos sexuales. La familia muy pobre y sin saber qué hacer se dirigió al centro hospitalario más cercano y los médicos decidieron que la mejor manera de tratar el asunto era ordenar una readecuación de sexo. Convertido artificialmente en mujer el niño fue educado y vestido como mujer pero jamás se resignó y finalmente luego de grandes esfuerzos logró que le respetaran su derecho a la identidad sexual. En aquella oportunidad dijo la Corte: “El sexo constituye un elemento inmodificable de la identidad de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada, puede consentir en una readecuación de sexo y aún de ‘género’ (como dicen los médicos), porque el hombre no puede ser objeto de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada porque el contorno dentro del cual se vive se haga a la idea de ‘género’ que unos médicos determinan que era lo menos malo (...)”

59. “Artículo 75. Causales de traslado. Son causales del traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal:

1. Cuando así lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial.
2. Falta de elementos adecuados para el tratamiento médico.
3. Motivos de orden interno del establecimiento.
4. Estímulo de buena conducta con la aprobación del Consejo de Disciplina.
5. Necesidad de descongestión del establecimiento.

6. Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad.

Parágrafo. Si el traslado es solicitado por el funcionario de conocimiento, indicará el motivo de éste y el lugar a donde debe ser remitido el interno.”

60 En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en sucesivas oportunidades: “Por otro lado, el proceso de resocialización está edificado sobre un conjunto de factores que deben concurrir para garantizar las condiciones necesarias para su eficacia: (i) la oportunidad y disposición permanente de medios que garanticen la realización de diversas actividades de orden laboral, educativo, deportivo y lúdico; (ii) las condiciones cualificadas de reclusión, en aspectos básicos como el goce permanente de servicios públicos esenciales, buenas condiciones de alojamiento, alimentación balanceada, servicios sanitarios mínimos, etc. y (iii) el acompañamiento permanente durante el periodo en que se prolonga la privación de la libertad, con el auxilio de un equipo interdisciplinario de profesionales en ciencias sociales y de la salud, de la red de apoyo y de la familia del recluso.

61 En relación con el asunto que nos ocupa, cobra especial importancia y sintetiza lo que debe ser el objetivo de toda política carcelaria lo dispuesto en el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por nuestro ordenamiento interno mediante la ley 74 de 1968, “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados

62 Corte Constitucional. Sentencia T-1190 de 2003.

64 Ibídem.

65 Ibídem.