

III. EXPEDIENTE D-11314 - SENTENCIA C-569/16 (Octubre 19)
M.P. Alejandro Linares Cantillo

1. Norma acusada

LEY 1709 de 2014
(Enero 20)

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

ARTÍCULO 88. Modifícase el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 153. Permanencia de niños y niñas en establecimientos de reclusión. Los niños y niñas menores de 3 años podrán permanecer con sus madres en los establecimientos de reclusión, salvo que un juez de la República ordene lo contrario. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar prestará, en coordinación con el servicio social penitenciario y carcelario, la atención especial a los niños y niñas que se encuentran en los centros.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) realizará programas educativos y de recreación para los niños y niñas que se encuentran en los centros. El ICBF será quien tenga la custodia de los niños y niñas cuando se encuentren participando de los programas establecidos por esta entidad. Estos programas se realizarán dentro de los establecimientos en los lugares que para ello sean destinados y adecuados por la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) en coordinación con el ICBF. Estos espacios serán administrados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios destinará dentro de los establecimientos de reclusión, secciones especiales, para las madres con sus hijos que garanticen una adecuada interacción entre estos; igualmente construirá y dotará, en coordinación con el ICBF, los centros de atención para los niños y niñas cuando estos no se encuentren con sus madres. Sin perjuicio de lo anterior, los centros de atención deberán ser adecuados para los niños y niñas que se encuentren en condición de discapacidad, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 5o numerales 2, 8 y 10 y el artículo 14 de la Ley 1618 de 2013.

PARÁGRAFO 1o. En los eventos en los que se determine que un niño o niña no puede permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, el juez competente podrá conceder la custodia del niño o niña al padre o familiar **que acredite vínculo de consanguinidad**.

PARÁGRAFO 2o. En los eventos en los que por razones de protección del interés superior del niño o niña no se le conceda la custodia al padre o familiar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar será quien la asuma.

2. Decisión

Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión "*que acredite vínculo de consanguinidad*" contenida en el parágrafo 1º del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014 "*Por medio de la cual se reforman artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones*".

3. Síntesis de la providencia

La Corte reafirmó el concepto amplio de familia que ha reconocido la jurisprudencia, derivado de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, que debe ser protegida por el Estado como institución básica de la sociedad. Esta protección se hace extensiva a las familias que surgen tanto de vínculos jurídicos, de los que surgen los lazos de consanguinidad, del parentesco que surge con los familiares del cónyuge y del parentesco civil, pero también de situaciones de facto o familias de crianza, atendiendo al concepto sustancial y no formal de familia, que supone la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y el respeto mutuos que van consolidando los núcleos familiares de hecho.

En el caso concreto, observó que el artículo 35 del Código Civil pretende que los niños y niñas puedan crecer en el seno de un hogar, donde encuentren lazos de amor que les permitan fortalecer su crecimiento y coadyuvar en su desarrollo en condiciones de dignidad, por lo que limitar este derecho únicamente a aquellas personas que se encuentren unidas por un vínculo de consanguinidad al menor, resulta violatoria no solo de su derecho fundamental a la familia, sino que daría un entendimiento tan restringido de ésta en contravía del alcance que tiene el artículo 42 de la Carta y los derechos fundamentales de los niños y niñas consagrados en el artículo 44 superior. La Corte reiteró que el concepto de familia en modo alguno puede asimilarse con el de la consanguinidad, sino que hoy debe abarcar una multiplicidad de realidades sociales que tienen como común denominador los vínculos afectivos, que establecen una comunidad de vida y de cuidado mutuo. Esto trasciende esencialmente en el derecho fundamental de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separados de ella, en la medida que esta constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos. Privarse a un menor de crecer en un hogar con vínculos afectivos que lo protejan, lo guíen y permitan la concreción de su dignidad humana, resulta a todas luces contrario a su dignidad y al principio de prevalencia del interés del menor.

Para la Corte, si bien es cierto que en principio la limitación que se establece en la disposición acusada a las personas privadas de la libertad podría considerarse razonable y proporcionada, en la medida que se pretende evitar la desintegración y desarticulación de los vínculos filiales más próximos, también lo es que en la ausencia de familiares con vínculos de consanguinidad termina por dejar a los niños y niñas que no pueden permanecer junto a su madre en un centro de reclusión, en un estado de desprotección contrario a los mandatos de los artículos 42 y 44 de la Constitución. A la luz de estos preceptos, la medida resulta desproporcionada, inadecuada e innecesaria, en relación con las limitaciones que genera en el respeto a la dignidad humana, en el derecho a mantener la unidad familiar, configurando además una discriminación de los menores que carecen de un pariente consanguíneo no privado de la libertad, pero cuentan con un familiar con el que tienen un vínculo afectivo y estrecho y que al no ser parientes que acrediten "*grado de consanguinidad*" no pueden ser puestos bajo su cuidado y protección mientras su madre permanece en el establecimiento carcelario. Por consiguiente, la Corte procedió a declarar inexecutable la expresión acusada del 88 de la Ley 1709 de 2014, de modo que ante la ausencia de padre o familiar con vínculo de consanguinidad, o en caso de que la persona recomendada por la progenitora privada de la libertad no cumpla con las condiciones necesarias para ser garante de los derechos de los menores de edad, el juez o la autoridad

administrativa competente puedan otorgar la custodia del menor a cualquier persona capaz e idónea (que cuente con lazos de consanguinidad o no), que demuestre con suficiencia y rigor probatorio lazos estrechos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor.