

D-11314
OK

Tunja 15 de marzo de 2016

Honorables Magistrados
CORTE CONSTITUCIONAL
Bogotá



REF.: ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

JHON SEBASTIAN ATARA LOPEZ, ciudadano colombiano mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número **1049643656** expedida en la ciudad de Tunja, estudiante adscrito al consultorio jurídico y centro de conciliación de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, con domicilio en la ciudad de Tunja, respetuosamente me dirijo a ustedes en uso de mis derechos y deberes consagrados en el numeral 6 del artículo 40 y en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución Política, con el fin de interponer la acción de inconstitucionalidad contra el parágrafo primero (parcial) del artículo 88 de la ley 1709 del 2014, por cuanto contraría la Constitución Política en sus artículos 13, 42, 44.

I. NORMA ACUSADA

LEY 1709 DE 2014
(Enero 20)

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

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA
DECRETA:

“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 5° numerales 2, 8 y 10 y el artículo 14 de la Ley 1618 de 2013.

Parágrafo 1°. 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 2°. 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."

II. NORMA CONSTITUCIONAL VULNERADA

A continuación me permito transcribir los artículos constitucionales infringidos:

"ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."

"ARTICULO 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, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier



CONSULTORIO JURÍDICO Y CENTRO DE CONCILIACIÓN
Armando Suescún Monroy
U P T C

foma 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 progeneración responsable..."



"ARTICULO 44. *Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.*

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás."

III. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Infringe el artículo 13 de la constitución política dado que, tanto la condición física como mental de un menor que apenas llega a los 3 años y que posiblemente no ha tenido un contacto con otros menores, son factores para su protección y la de su núcleo familiar en el sentido amplio no solo de las relaciones que surgen del vínculo consanguíneo, se deben proteger los vínculos familiares y afectivos surgidos de la crianza. En este sentido el estado no solo debe protegerlo sino que debe evitar poner al menor en un estado de indefensión.

Sumado a esto se desconoce el interés superior del menor, el cual es el directamente afectado y quien no es escuchado como la corte constitucional lo ha establecido para este tipo de procedimientos. Al respecto en la sentencia T-212 del 2014 se estableció lo siguiente:

"en los procesos administrativos y judiciales, el operador jurídico debe tener en cuenta al momento de adoptar cualquier determinación tres pilares propios del sistema de protección de los menores de edad, los cuales a saber son: (i) el derecho a tener una familia y a no ser separada de ella, (ii) el principio del interés superior de los infantes, y (iii) el mencionado derecho fundamental de los niños a ser escuchados"

La importancia del interés del menor ha sido reiterada en la jurisprudencia de la corte constitucional como en la sentencia T-510 de 2003:

"el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, [8] sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal."



Como lo establece la corte en observancia de la anterior cita, las circunstancias de cada caso son únicas e irrepetibles, la mejor opción para proteger a un menor varía en cada situación que se presente, por ello no debe haber una limitación tan marcada como la que existe en la parte acusada cuando se busca la mejor protección para un menor.

Se viola el artículo 42 de la constitución ya que limita los vínculos familiares del menor al parentesco por consanguinidad contrariando así la forma en la cual hay una voluntad responsable de conformarla de la que trata este artículo, sumado a esto debe existir una igualdad entre los hijos procreados en pareja y los habidos por fuera de un matrimonio, esto en referencia a los hijos de la pareja que se toman como propios para el efecto de la educación y crianza. Al referirse a esta protección dispuesta en la constitución la corte en sentencia T-606 2013 expreso lo siguiente:

"La consagración de esta protección constitucional tuvo como punto de partida la Declaración Universal de los Derechos Humanos, Artículo 16, ordinal 3, que consagra el derecho de la familia a la protección de la sociedad y el Estado. Es así como en el proceso de construcción de la Constitución que nos rige se indicó que "tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia; v. gr. - concubinatos- velando porque la protección en ese caso se extiende a la propia concubina" "

La familia como núcleo esencial de la sociedad debe gozar de protección especial por parte del estado, al desconocer los vínculos familiares por fuera del parentesco por consanguinidad se rompe con este deber a su protección integral. Por este motivo la intención del constituyente no era limitar el concepto de familia a los vínculos surgidos de la consanguinidad o afinidad, su intención es reconocer un concepto plural de familia para lo cual se deben cumplir los fines esenciales de esta. La corte sobre este tema se ha pronunciado en sentencia T-751 de 2010 diciendo lo siguiente:

"La igualdad se traduce en que la familia, más allá de que se constituya por vínculos jurídicos o naturales, goza de los mismos derechos y prerrogativas. Es por ello, que no le es permitido a las autoridades públicas hacer distinciones en razón a la naturaleza de la conformación familiar y que la Corte ha amparado los derechos de aquellas familias cuyos integrantes se encuentran vinculados no sólo por vínculos de consanguinidad."



Va en contravía del artículo 44 de la constitución dado que no solo se aparta al menor de su madre al tener los 3 años de edad si no que muy posiblemente lo separa de sus familiares con los cuales no necesariamente comparte un vínculo de consanguinidad, pone al menor en una condición de abandono el cual en ningún momento es voluntario y que por el contrario es forzado por el estado. En la Sentencia T-292 de 2004, la Corte se refiere a la protección del derecho a la familia para el menor de la siguiente manera:

"El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella ha sido consagrado en (a) el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el cual se reconoce que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión"; (b) el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en virtud del cual "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación", y "el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques"; (c) el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual establece que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia", y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"; (d) el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que prescribe: "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia...", y que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques"; y (e) la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 12 dispone que "nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia (...). Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques"

El desarrollo emocional e intelectual del menor debe ser realizado en un ambiente de confianza y estable, algo que no ofrece a cabalidad el estado si se aplica tal articulado, por cuanto se aparta al menor del único contacto que ha tenido con personas fuera del centro penitenciario como podría ser el contacto con la actual pareja de su madre. La protección al menor y a su familia no debe ser restringida y por el contrario se debe abarcar más allá de los vínculos consanguíneos. Sobre esto la sentencia T-606 de 2013 dice lo siguiente:

"la protección constitucional a la familia no se restringe a aquellas conformadas en virtud de vínculos jurídicos o de consanguinidad exclusivamente, sino también a las que surgen de facto o llamadas familias de crianza, atendiendo a un concepto sustancial y no formal de familia, en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de derechos y prerrogativas a quienes integran tales familias"



Se le debe permitir al menor estar al cuidado de familiares con los cuales no comparte un vínculo biológico ya que la familia no es únicamente la consanguínea los comportamientos generan vínculos de afecto y amor, mediante los cuales el menor se siente en protección. Está claro que la persona que acoja al menor debe ser la idónea lo cual se evalúa en cada caso de forma independiente, pero la parte más importante de esta idoneidad no puede ser el vínculo consanguíneo. Se deben evaluar numerosas variables como el nivel económico y social para que el menor pueda tener un desarrollo íntegro.

IV. COMPETENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente acción de inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 241 de la Constitución Política, numeral 4.

V. NOTIFICACIONES

Dirección: Carrera 9 No 28ª -29 Barrio Maldonado. Tunja - Boyacá.
Celular: 321 305 2201

Atentamente,



Jhon Sebastian Atara Lopez
JHON SEBASTIAN ATARA LOPEZ
C.c. 1.049.643.656.

DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO DE CONTENIDO, PRESENTACIÓN PERSONAL Y AUTENTICACIÓN DE FIRMA
Este documento fue presentado personalmente por Jhon Sebastian Atara Lopez identificado con C.C.No. 1.049.643.653 de Tunja y T.P. C.S.J. quien reconoció el contenido del escrito y autenticó su firma.
TUNJA 15 MAR 2016
COMPARECIENTE: Jhon Sebastian Atara Lopez
Notaria 2ª Carlota Elizabeth Lozano
GRA. 10 No. 20-21 INT. 7 Y 8 TEL. 7423647
FAX: 7431273 - E-mail: notaria02tunja@gmail.com