



Sentencia C-569/16

Referencia: Expediente D-11314

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 88 (parcial) de la Ley 1709 de 2014 *“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”*

Actor: Jhon Sebastián Atara López

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto Ley 2067 de 1991, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en el artículo 241 de la Constitución Política, el ciudadano Jhon Sebastián Atara López, solicitó a la Corte que declare la inexequibilidad del párrafo primero (parcial) del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014 *“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”*.

Por medio de auto de fecha veintidós (22) de abril de 2016, el magistrado ponente dispuso admitir la demanda contra el mencionado artículo, al constatar que la demanda reunía los requisitos exigidos por el artículo 2º del Decreto 2067 de 1991; así mismo, dispuso correr traslado al Procurador General de la Nación, a fin de que emitiera su concepto en los términos de los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución; fijar en lista el proceso con el objeto de que cualquier ciudadano impugnara o defendiera la norma; y comunicar la iniciación del mismo al Presidente del Congreso, para los fines previstos en el artículo 244 de la Carta, así como a al Presidente de la República, al Ministerio de Justicia y de Derecho, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Planeación.

Así mismo, se invitó a participar en el presente proceso al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Unicef Colombia, Fundación Akapana, al Director de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, y a los Decanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, a la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, a la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, a la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Colombia y a la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

El día dos (2) de mayo de 2016, la Secretaría General de la Corte hizo constar que el auto de fecha veintidós (22) de abril de 2016, fue notificado por medio del estado número 066 del día veintiséis (26) de abril de 2016, y que el término de ejecutoria que transcurrió entre el 27 y el 29 de abril de 2016, venció en silencio. Procedió la Secretaría a realizar las notificaciones a las partes, el día tres (3) de mayo de 2016; y a fijar en lista el día cuatro (4) de mayo de 2016.

Cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 de la Constitución y en el Decreto Ley 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

A. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe la norma demandada, y se subraya y resalta en negrilla la parte de la norma cuyo texto se solicita sea declarado inexecutable:

“LEY 1709 DE 2014

(enero 20)

D.O. 49.039, enero 20 de 2014

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 DE COLOMBIA

DECRETA:

(...)

Artículo 88. Modificase 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 niño 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.”

B. LA DEMANDA

Se solicita a este tribunal que declare la inexecutable de la expresión contenida en el parágrafo primero (parcial) del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, por considerar el demandante que la misma vulnera los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución. En el escrito de demanda se plantean tres cargos relativos a la vulneración de los antedichos preceptos constitucionales, en los siguientes términos:

a. El demandante señala que se infringe el artículo 13 de la Constitución, por cuanto debido a la condición física y mental de un menor de 3 años, requiere de protección y la de su núcleo familiar en un sentido amplio no sólo de las relaciones que surgen del vínculo consanguíneo, sino que además se deben proteger los vínculos familiares y afectivos surgidos de la crianza, evitando así poner al menor en estado de indefensión. Sustenta su argumentación, en el interés superior que le asiste al menor, en sus sentencias T-510 de 2003 y T-212 de 2014, para concluir que *“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”*.

b. Respecto a la vulneración a lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución, argumenta el demandante que la expresión demandada limita los vínculos familiares del menor al parentesco por consanguinidad contrariando así la forma en la cual hay una voluntad responsable de conformar una familia de la que trata dicho artículo. Sumado a lo anterior, indica que debe existir una igualdad entre los hijos procreados en pareja y los habidos por fuera de un matrimonio, en referencia a los hijos de la pareja que se toman como propios para efecto de educación y crianza. Al referirse a dicha protección, cita las sentencias T-751 de 2010 y T-606 de 2013, para concluir que la familia es el núcleo esencial de la sociedad y debe gozar de protección especial por parte del Estado, protección que se ve amenazada al desconocer los vínculos familiares por fuera del parentesco de consanguinidad, sin reconocer un concepto plural de familia.

c. Finalmente, considera el demandante que se vulnera el artículo 44 de la Constitución dado que no solo se aparta al menor de su madre, sino que muy posiblemente se le separa de aquellos familiares, con los cuales no necesariamente comparte un vínculo de consanguinidad, lo cual pone al menor en una situación de abandono forzada por el Estado. En este sentido, el demandante trae a colación lo dispuesto en la sentencia T-292 de 2004 y T-606 de 2013, para concluir que el desarrollo emocional e intelectual del menor debe ser realizado en un ambiente de confianza y estable, al apartar al menor de los únicos contactos que ha tenido con personas fuera del centro penitenciario, como podría ser el contacto con la actual pareja de su madre. Por lo cual, afirma el demandante que la protección al menor y a su familia no debe ser restringida, y por el contrario debe abarcar más allá de los vínculos consanguíneos.

C. INTERVENCIONES

1. Intervenciones oficiales

a. *Departamento Nacional de Planeación*

El Departamento Nacional de Planeación¹, interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que se declare la exequibilidad de la norma demandada, en la medida en que guarda identidad con los artículos 23 y 56 de la Ley 1098 de 2006, que al regular la custodia de los menores, privilegia que la misma se mantenga en cabeza de padres o parientes, ponderando así el interés superior del niño con la idoneidad de aquellos. Para el Departamento Nacional de Planeación, la consanguinidad debe entenderse como “*un orden de primacía sobre la custodia sobre los menores que no pueden permanecer en un establecimiento carcelario o superen la edad de los tres años en dichos establecimientos*” pero en modo alguno como una “*f fuente de afectación de los derechos de este tipo de menores*”.

b. *Ministerio de Justicia y del Derecho*

Ministerio de Justicia y del Derecho², interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que se proceda a proferir una sentencia integradora en la modalidad de aditiva a efecto de extender su contenido, que para el caso incluya el núcleo familiar en que se encuentran los niños y niñas sin tener en cuenta la clase de vínculos jurídicos y naturales establecidos por ley. El interviniente solicita entonces que se declare la exequibilidad de la norma demandada, bajo el entendido que el juez competente también podrá conceder la custodia del niño o niña a la persona que demuestre tener lazos estrechos de familiaridad surgidos por la coexistencia, amor y cuidado.

c. *Fiscalía General de la Nación*

La Fiscalía General de la Nación³, interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que se declare la inexecutable de la norma demandada, y de manera subsidiaria, se solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada de la expresión acusada, en el entendido que los familiares a quienes el juez les puede conceder la custodia del niño o niña, deben tener con ellos un vínculo estrecho de familiaridad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia, que no necesariamente depende de la consanguinidad ni de la afinidad.

Para la Fiscalía General de la Nación, el aparte acusado desconoce la relevancia constitucional de los vínculos de reconocimiento y afecto entre seres humanos como presupuesto del surgimiento de la familia, pues limita este concepto, sin tener presente que la familia no nace únicamente de

¹ Representado por Luis Carlos Vergel Hernández.

² Representado por Fernando Arévalo Carrascal, en calidad de Director de la Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico.

³ Representada por Caterina Heyck Puyana, en su calidad de Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación,

relaciones de parentesco, sino también de relaciones afecto, por lo que un entendimiento limitado llevaría a un entendimiento del concepto de familia contrario a la Constitución, pues ésta en modo alguno busco limitarlo a lazos de consanguinidad o de afinidad, sino al reconocimiento de una realidad social que parte de la búsqueda de un proyecto de vida común, basado en el respeto, el amor y el afecto.

2. Intervenciones académicas

a. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

El Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, interviene⁴ ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que se declare la inexecutable de la norma demandada, por cuanto resulta contrario a los preceptos constitucionales limitar los vínculos y decisión de custodia a la consanguinidad, excluyendo los lazos afectivos que se cimientan con la crianza y cuya existencia ha sido reconocida y protegida por el Estado.

3. Intervenciones ciudadanas

a. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia –UNICEF

UNICEF⁵, interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que se declare la inexecutable de la norma demandada, al considerar que el concepto de familia no se debe limitar al parentesco por consanguinidad, y que deben tenerse en consideración otros elementos clave, como el vínculo existente y la voluntad de conformarla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Carta.

Para la UNICEF, la jurisprudencia constitucional ha hecho evolucionar el concepto de familia en Colombia, en respeto de la diversidad y multiculturalidad, por lo que este concepto no puede limitarse al parentesco o consanguinidad, sino que debe dar primacía a la voluntad responsable de conformar una familia, y en este caso concreto a la protección del interés superior del niño, que se encuentra en las directrices para promover que los estados apliquen la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad en Colombia.

Las directrices, transcritas en el concepto, apuntan a que el Estado colombiano permita el apoyo, la protección, el cuidado y la promoción del potencial de los niños por medio del fortalecimiento de las familias.

b. Fundación Akapana –Caminos de Libertad para la niñez interna

La Fundación Akapana⁶, interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar se evalúen medidas adicionales que garanticen a las madres compartir

⁴ Por intermedio de las Señoras Carmen Lilia Uribe Moya, Coordinadora del Área de Familia, y Álvaro Ferney Garzón Alarcón, Coordinador del Área Penal de la mencionada universidad

⁵ Por medio de su representante el señor Roberto De Bernardi.

⁶ Por medio de su Representante Legal, la señora Blanca Stella Lentino Toledo.

con sus hijos menores de edad. Aunque se ponen de presente conceptos académicos y se hace un llamado al gobierno y la sociedad para buscar herramientas que permitan la efectiva protección de los niños y niñas, no hay un pronunciamiento en el concepto, respecto de la constitucionalidad de la norma demandada.

4. Intervenciones extemporáneas

a. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF

El ICBF⁷, interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que se declare la exequibilidad condicionada de la norma demandada, en el sentido que debe comprenderse a los familiares no consanguíneos, esto es los que tengan un vínculo de afinidad o civil, que garanticen las condiciones de entorno y atención requeridas para el sano y adecuado desarrollo y garantía de los derechos de los niños y niñas, con la autorización de las madres que se encuentren en un centro de reclusión.

b. Universidad Externado de Colombia

La Universidad Externado de Colombia⁸, interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que se declare la inexecutable de la norma demandada, basando tal solicitud en que la Corte Constitucional ha sido clara al señalar que la familia no solo es aquella biológica sino también la de crianza, es decir aquellas personas que brindan al menor aspectos importantes para su desarrollo integral, como lo son el amor, el cuidado, el respeto, la confianza, donde el niño o niña pueda expresar y pueda crecer en un ambiente sano con la satisfacción de sus derechos y con la plenitud de integración a un núcleo familiar. En opinión del interviniente, el desconocimiento de este precepto, no sólo desconoce el artículo 42 Superior, sino también el interés superior del niño.

c. Academia Colombiana de Jurisprudencia

La Academia Colombiana de Jurisprudencia⁹, interviene ante la Corte Constitucional con el fin de solicitar que la Corte se inhiba de pronunciarse sobre la demanda, y en su defecto que se declare la exequibilidad de la norma demandada. Para el interviniente el aparte acusado no excluye la aplicación del artículo 68 de la Ley 1306 de 2009, que permitiría otorgar la custodia del menor otros parientes de sangre, y a falta de estos, en virtud del artículo 69 de dicha ley, a un tercero idóneo como por ejemplo el padrino o la madrina.

D. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

⁷ Representado por Luz Karime Fernandez Castillo, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.

⁸ Representada por Ingrid Duque Martínez, obrando en su calidad de profesora del Departamento de Derecho Civi.

⁹ Representada por Carlos Fradique Méndez, obrando como miembro de número.

El representante del Ministerio Público se refiere a la cuestión jurídica aquí planteada y solicita a la Corte Constitucional declarar la inexecutable parcial de la norma demandada, esto es, la executable condicionada en el sentido en el que la familia consanguínea es y debe ser la primera opción, pero no la única posible, porque el ordenamiento jurídico vigente en todo caso no cierra esta posibilidad, sin perjuicio de que la familia biológica y la familia de crianza no son constitucionalmente idénticas y merecen grados distintos de reconocimiento y protección.

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

1. En virtud de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución Política, este Tribunal es competente para conocer de la presente demanda y decidir definitivamente sobre dicha demanda, por dirigirse contra la expresión contenida en el párrafo primero (parcial) del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014 *“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”*.

B. CUESTIONES PREVIAS

Aptitud sustancial de la demanda

2. El interviniente extemporáneo en el proceso, a saber, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, considera que la demanda es inepta, puesto que carece de los elementos exigidos en el Decreto 2067 de 1991 y en la jurisprudencia relevante. Sin embargo, se observa en el concepto proferido por dicha Academia que los argumentos presentados no se encuentran encaminados de forma preferente a establecer la razón por la cual los cargos de la demanda son ineptos, si no por el contrario, a aportar argumentos para sustentar la posición de constitucionalidad de la norma demandada.

3. Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Corte que el Decreto 2067 de 1991, que contiene el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deben surtirse ante la Corte Constitucional, en su artículo 2 precisa que las demandas de inconstitucionalidad deben presentarse por escrito, en duplicado, y deben cumplir con los siguientes requisitos: (i) señalar las normas cuya inconstitucionalidad se demanda y transcribir literalmente su contenido o aportar un ejemplar de su publicación oficial; (ii) señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas; (iii) presentar las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) si la demanda se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, se debe señalar el trámite fijado en la Constitución para expedirlo y la forma en que éste fue quebrantado; y (v) la razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda. El tercero de los requisitos antedichos, que se conoce como concepto de la violación, implica una carga material y no meramente formal que no se satisface con la presentación de cualquier tipo de razones o motivos, sino que exige unos mínimos argumentativos, que se aprecian a la luz del

principio *pro actione*, de tal suerte que dichas razones o motivos no sean vagos, abstractos, imprecisos o globales, al punto de impedir que surja una verdadera controversia constitucional.

4. Entre otras, en las sentencias C-1052 de 2001 y C-856 de 2005, la Corte precisa el alcance de los mínimos argumentativos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia, al decir que hay *claridad* cuando existe un hilo conductor de la argumentación que permite comprender el contenido de la demanda y las justificaciones en las cuales se soporta; hay *certeza* cuando la demanda recae sobre una proposición jurídica real y existente y no en una que el actor deduce de manera subjetiva, valga decir, cuando existe una verdadera confrontación entre la norma legal y la norma constitucional; hay *especificidad* cuando se define o se muestra cómo la norma demandada vulnera la Carta Política; hay *pertinencia* cuando se emplean argumentos de naturaleza estrictamente constitucional y no estirpe legal, doctrinal o de mera conveniencia; y hay *suficiencia* cuando la demanda tiene alcance persuasivo, esto es, cuando es capaz de despertar siquiera una duda mínima sobre la exequibilidad de la norma demandada.

5. En opinión de la Sala, la demanda cumple con los requisitos para su admisibilidad, pues señala y transcribe la norma cuya inconstitucionalidad pretende que se declare, e indica la razón por la cual este Tribunal es competente para conocer de ella. Dado que no se basa en un vicio en el proceso de formación de la norma demandada, no le es exigible el requisito de señalar el trámite fijado en la Constitución para expedir esta norma ni la forma en que éste fue quebrantado.

6. En el mismo sentido, el concepto de la violación de la demanda *sub examine* se centra en la fundamentación de la vulneración a los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución. En efecto, la demanda:

- a. Sí satisface los mínimos argumentativos, pues sigue un hilo conductor al sostener que el la norma desconoce que existen vínculos diferentes al de consanguinidad, que podría llegar a proteger de una manera más eficaz el interés jurídico del menor de tres (3) años a tener una familia y a que se respeten sus derechos;
- b. Recae en una proposición jurídica real y existente, ya que la expresión demandada sí prevé que la custodia del menor deberá ser otorgada al padre o familiar que acredite un vínculo de consanguinidad; y
- c. Los argumentos que usa para mostrar la antedicha contradicción entre la norma demandada y la Constitución son estrictamente constitucionales.

7. Por lo cual, en vista de las anteriores circunstancias la Sala considera que la demanda cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, tal como dicho artículo ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, por lo tanto, procederá la Corte a analizar los cargos formulados por el demandante.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

8. Teniendo en cuenta los cargos presentados por el demandante, la Corte Constitucional debe determinar si ¿constituye una vulneración a los derechos a la igualdad, a la familia y a no ser separado de ella, y al interés superior de los niños, según dichos mandatos constitucionales se encuentran contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y los niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios o cuando sean mayores de tres (3) años, la acreditación de vínculos de consanguinidad?

9. Para resolver este problema jurídico, la Corte procederá a analizar los siguientes aspectos (i) los derechos de los menores de edad como sujetos de especial protección en el ordenamiento jurídico colombiano; (ii) la institución familiar y su ámbito de protección constitucional; y (iii) marco normativo aplicable a la custodia de menores de edad. Con estos elementos de juicio, la Corte (iv) analizará la constitucionalidad de la norma acusada.

D. DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

10. Según la Constitución Política, los niños tienen derecho a una especial protección. La norma constitucional que se ocupa de definir el alcance de esta protección especial es el artículo 44, el cual contiene cinco reglas: (i) el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos de los niños¹⁰; (ii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iii) la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en la asistencia y protección de los niños; (iv) la garantía de desarrollo integral del niño; y (v) la prevalencia del interés superior del niño¹¹.

11. El Estado colombiano ha ratificado distintos instrumentos internacionales que se refieren a la obligación de proteger de manera especial a los niños, los cuales en virtud del artículo 93 de la Constitución deben ser utilizados con el propósito de interpretar el mencionado artículo 44. El más importante de ellos es la Convención sobre los Derechos del Niño¹², que señala en su preámbulo que el niño “*necesita protección y cuidado especial*”, por lo cual establece en su artículo 3 un deber general de protección, en virtud

¹⁰ Al respecto, la sentencia C-239 de 2014 dispuso que: “[e]n varios artículos de la Constitución y, en especial, en el artículo 44 de la misma se reconoce al niño como titular de los derechos fundamentales (i) a la vida, (ii) a la integridad física, (iii) a la salud, (iv) a la seguridad social, (v) a la alimentación equilibrada, (vi) a un nombre, (vii) a la nacionalidad, (viii) a tener una familia y a no ser separado de ella, (ix) a el cuidado y el amor, (x) a la educación, (xi) a la cultura, (xii) a la recreación y (xiii) a la libre expresión de su opinión. Esta enumeración no es taxativa, pues el niño, en tanto ser humano, goza también “de los demás derechos consagrados en la Constitución, en la ley y en los tratados internacionales ratificados por la República de Colombia”.

¹¹ Ver sentencias T-510 de 2003 y 887 de 2009.

¹² Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. En la sentencia C-355 de 2006, entre otras, la Corte reconoció que este instrumento forma parte del bloque de constitucionalidad.

del cual “[l]os 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”. Además de este, pueden mencionarse, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³, que dispone en su artículo 24 que todo niño tiene derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴, que establece en su artículo 19 que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

12. Teniendo en cuenta el mandato de protección especial previsto en la Constitución y en distintos tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los niños como sujetos de protección constitucional reforzada, por lo cual “la satisfacción de sus derechos e intereses debe constituir el objetivo primario de toda actuación, sea oficial o sea privada, que les concierna”¹⁵.

13. La protección especial de los niños en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales que se refieren al tema se justifica por la necesidad de garantizar su dignidad humana, en virtud de la cual debe reconocerse a las personas como sujetos autónomos de derechos. A los niños, como todas las personas, les es inherente el principio de la dignidad humana (Preámbulo de la Constitución), el cual les garantiza, entre otras, la posibilidad de tener un plan de vida y de tomar decisiones de acuerdo con este plan¹⁶. El adecuado desarrollo durante la niñez es una condición indispensable para que la persona pueda trazarse un proyecto de vida y actuar de acuerdo con él, por lo cual se le exige al Estado adoptar medidas especiales de protección durante esta etapa.

14. Esta protección especial reconocida a favor de los niños se concreta en principios más específicos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, encargado de aplicar la Convención sobre los Derechos del Niño, ha identificado cuatro principios generales que deben regir la actuación del Estado para proteger a los niños¹⁷. Como se mostrará más adelante, estos

¹³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1996. En distintas oportunidades la Corte Constitucional ha reconocido que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integra el bloque de constitucionalidad. Entre otras, ver sentencias C-504 de 2007 y C-046 de 2006.

¹⁴ Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Entre muchas otras sentencias en las que la Corte ha manifestado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos hace parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto, ver sentencias C-401 de 2005 y C-355 de 2006.

¹⁵ Ver sentencia T-884 de 2011.

¹⁶ Ver sentencia T-881 de 2002.

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12. La Constitución Política expresamente señala que “[l]os derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Estos tratados internacionales prevén órganos especializados a los que se les encarga su interpretación y aplicación. Por lo tanto, los pronunciamientos de los órganos de supervisión del cumplimiento de los tratados son relevantes para interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución. Ver sentencias T-1319 de 2001 y C-355 de 2006, entre otras. Este criterio se refleja en la

coinciden con criterios utilizados por la Corte Constitucional para resolver casos que han involucrado la protección de derechos fundamentales de los niños¹⁸, así como con otros usados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el análisis de casos que han planteado esta misma cuestión. Por lo tanto, la Corte considera que a la luz de dichos principios se puede entender el régimen jurídico de la protección especial a los niños en nuestro ordenamiento constitucional.

15. El primero de estos principios generales es el de no discriminación, el cual requiere que los Estados “*identifiquen activamente a los niños y grupos de niños en relación con los cuales puede ser necesario adoptar medidas especiales para el reconocimiento y la realización de sus derechos*”¹⁹. La Corte Constitucional ha reconocido y aplicado este principio en su jurisprudencia al resolver casos relacionados con los derechos de los niños. Así, lo tuvo en cuenta para resolver el caso de una niña con discapacidad a quien se le negaba el acceso a aulas regulares, desconociéndosele de esta forma su derecho a la educación²⁰. También lo aplicó en el caso de dos menores de edad a quienes se les había negado el registro civil de nacimiento por tener sus padres el mismo sexo²¹.

16. El segundo principio es el interés superior del menor, previsto en distintas disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular en el numeral 1 del artículo 3, de acuerdo con el cual “[e]n 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”²². Este principio tiene expresa consagración en el artículo 44 de la Constitución, cuyo último inciso señala que “[l]os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Son múltiples los pronunciamientos en los que la Corte Constitucional ha tenido en cuenta este criterio con el propósito de resolver problemas jurídicos que han involucrado derechos de los niños, relacionados con temas como la protección del derecho a la intimidad y al habeas data de una menor de edad a la que le fue creado un perfil en Facebook²³, o el derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar como garantía del derecho de los niños a la familia²⁴.

17. En diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional se han definido las características del interés superior del niño. Al respecto, ha dicho que este es *concreto*, en la medida que solo puede determinarse atendiendo a

jurisprudencia de la Corte Constitucional, la cual en múltiples oportunidades ha tenido en cuenta decisiones de órganos como el Comité de Derechos del Niño (sentencia T-200 de 2014), el Comité de Derechos Humanos (sentencias C-010 de 2000 y C-728 de 2009), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (sentencias T-348 de 2012 y) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos (sentencia C-010 de 2000, C-370 de 2006 y C-579 de 2013).

¹⁸ Una sistematización completa del deber de protección de los niños puede encontrarse en: Corte Constitucional, sentencia T-510 de 2003.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Ver, sentencia T-139 de 2013.

²¹ Ver, sentencia SU-696 de 2015.

²² El interés superior del niño también se encuentra consagrado en los artículos 9, 18, 20, 21, 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²³ Ver, sentencia T-260 de 2012.

²⁴ Ver, sentencia C-683 de 2015.

las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, por lo que no cabe definirlo a partir de reglas abstractas de aplicación mecánica²⁵; es *relacional*, por cuanto afirmar que a los derechos de los niños se les debe otorgar una “*consideración primordial*” o que estos “*prevalecen*” implica necesariamente que este principio adquiere relevancia en situaciones en las que estos derechos entran en tensión con los derechos de otra persona o grupo de personas y resulta entonces necesario realizar una ponderación²⁶; *no es excluyente*, ya que afirmar que los derechos de los niños deben prevalecer es distinto a sostener que estos son absolutos y priman de manera inexorable en todos los casos de colisión de derechos²⁷; es *autónomo*, en la medida en que el criterio determinante para establecer el interés superior del niño es la situación específica del niño, incluso cuando dicho interés pueda ir en contradicción con los intereses o las preferencias de los padres, familiares o un tercero; y es *obligatorio para todos*, en la medida que vincula a todas las autoridades del Estado, y no solo a ellas, sino también a la familia del niño y a la sociedad en general.

18. Por su parte, con relación a la *obligatoriedad* del interés superior del niño, la Corte ha destacado que la familia tiene una especial responsabilidad en la supervivencia y desarrollo de los niños. Ha dicho la Corte que este derecho no se limita a proteger “*la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano*”, sino que “*implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de estos respecto de sus hijos*”²⁸. En principio, el Estado no tiene la potestad de intervenir en las relaciones familiares, pues la Constitución reconoce el derecho a la intimidad privada y familiar (artículo 15 de la Constitución). No obstante, este derecho podría ser limitado cuando se esgriman poderosas razones para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales, como lo sería aquella situación en la que la familia no cumpla sus deberes de protección respecto de los niños. En todo caso, la limitación al derecho a la intimidad familiar tendrá no solo que estar motivada por razones poderosas, sino ser además proporcionales y razonables²⁹.

19. Según lo mencionado antes, “[l]a familia, la sociedad y el Estado”³⁰ deben dirigir sus actuaciones hacia el cumplimiento de su obligación de brindar especial protección a los niños, mediante la de garantía de su vida, supervivencia y desarrollo. Sobre este punto hay que recalcar que las obligaciones que surgen para la garantía del interés superior de los niños no comprometen exclusivamente al Estado, sino que, por expresa disposición constitucional, se extienden a las familias y a la sociedad en general. Esta perspectiva se aprecia también en la Convención de los Derechos del Niño, cuando señala que son los padres los primeros responsables de la crianza y el desarrollo del niño:

²⁵ Ver sentencia T-510 de 2003.

²⁶ Ver, sentencia T-514 de 1998.

²⁷ Ver, sentencia T-510 de 2003.

²⁸ Ver, sentencia C-997 de 2004.

²⁹ Ver sentencia T-887 de 2009.

³⁰ Constitución Política, Art. 44.

“[...] 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 [...]”³¹.

[...]

“[...] 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 [...]”³².

A la sociedad y al Estado, les corresponde asistir a las familias en el cumplimiento de dichos deberes³³, y al Estado le compete especialmente el establecimiento de normas para el cuidado del bienestar de los niños, proveer los mecanismos para asegurar el mayor nivel posible de acceso a los servicios de asistencia ofrecidos por el Estado y establecer los medios para sancionar las conductas que los afecten³⁴.

20. Se entiende entonces que la responsabilidad principal en lo que respecta a la crianza y la provisión de los medios económicos básicos para el bienestar de los niños, reposa en la familia. La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada o a la comunidad, según se verá en mayor detalle en la sección E de la presente sentencia³⁵.

21. Ahora bien, cuando las labores de crianza y garantía de las condiciones mínimas de vida superan las capacidades de la familia en sentido amplio de la que se hablaba anteriormente, son la sociedad y el Estado quienes deben suplir la labor familiar. En el caso del Estado, la normativa internacional indica la obligación de que disponga de mecanismos adecuados para evitar situaciones nocivas mientras el niño se encuentre bajo el cuidado de los padres³⁶, que se concretan en nuestra normativa nacional, especialmente en las dispuestas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, que se complementan con otras medidas existentes para el acceso a la asistencia social del Estado. Para terminar con la caracterización del interés superior del niño, la Corte señala que este implica para las autoridades estatales y para los particulares la obligación de adoptar medidas encaminadas a promover el bienestar de los niños. Como consecuencia de este deber, las autoridades y los particulares deben abstenerse de adoptar medidas que desmejoren la situación en la que se encuentran los niños³⁷.

³¹ Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Art. 18, num. 1.

³² Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Art. 27.

³³ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Arts. 5 y 18 num. 2,

³⁴ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990.

³⁵ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Art. 5.

³⁶ Cfr. Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, Arts. 9 num. 1 y 19.

³⁷ Ver sentencia T-397 de 2004.

22. Ahora, continuando con la explicación de los principios generales de la protección especial de los niños, el tercer principio es el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, el cual debe ser entendido en su concepto integral, que abarca “*el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño*”³⁸. La Corte Constitucional ha acudido a este principio con el propósito de proteger el derecho a la salud integral de un niño que requería la práctica de una cirugía necesaria por las afectaciones sufridas en su autoestima³⁹. Existe una clara relación entre la protección del bienestar del niño y su desarrollo autónomo, pues el primero es condición necesaria del segundo.

23. La protección especial de los niños no se limita a garantizar aspectos estrictamente necesarios para su subsistencia, sino que debe comprender las condiciones que permitan su desarrollo. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “*todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece*”⁴⁰.

24. Finalmente, el cuarto principio general es el de respeto a las opiniones del niño, en virtud del cual debe reconocerse al niño como “*participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos*”⁴¹. También en varias ocasiones la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia de escuchar y respetar las decisiones de los menores. Así lo sostuvo la Corte, en un caso en el que la Defensoría del Pueblo había iniciado medidas de restablecimiento de dos niños adoptados por una persona homosexual, en el cual consideró que la Defensoría desconoció los derechos de los niños por no tomar en cuenta su voluntad de no ser separados de su padre adoptante. También lo ha invocado en el marco de la realización de procedimientos médicos a menores de edad, en los que ha sostenido que entre más clara sea la autonomía individual de los niños, más intensa es la protección a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que tienen derecho a expresar libremente su opinión en estos asuntos⁴². Además, la Corte observa que este principio guarda plena coherencia con una concepción del niño como sujeto titular del derecho a la dignidad humana, a quien debe reconocérsele de manera progresiva mayor autonomía para definir su proyecto de vida y llevar a cabo acciones encaminadas a lograrlo.

25. En adición a los cuatro principios mencionados anteriormente, la jurisprudencia constitucional ha hecho referencia constante a uno adicional, diferenciable de los principios generales de la protección especial a los niños antes mencionados y que por lo tanto merece ser destacado. Se trata del principio de protección del menor frente a riesgos prohibidos, el cual ha sido derivado especialmente del inciso 1 del artículo 44 de la Constitución, que establece que los niños “[s]erán protegidos contra toda forma de abandono,

³⁸ Ídem.

³⁹ Ver, sentencia T-307 de 2006.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 191.

⁴¹ Ídem.

⁴² Ver, sentencias T-955 de 2013 y T-622 de 2014.

violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”. La Corte ha entendido que este principio obliga al Estado a *“resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico”*⁴³.

26. Estos principios generales se encuentran desarrollados en distintas normas del ordenamiento jurídico colombiano que hacen referencia a los derechos de los niños, en particular en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Por la especial importancia que adquieren para resolver los problemas jurídicos planteados en el presente caso, la Corte mencionará algunas disposiciones de esta y otras normas que desarrollan el principio del interés superior del niño.

27. El principio del interés superior del niño se encuentra expresamente reconocido en el Código de la Infancia y la Adolescencia, el cual lo define como un *“imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e independientes”* (artículo 8º). Asimismo, lo reconoce como una regla de interpretación y aplicación para todas las situaciones relacionadas con los derechos de los niños (artículo 7º), e igualmente como un criterio de favorabilidad en situaciones en las que exista conflicto entre normas aplicables a la situación de los niños (artículo 9º).

28. El Código de la Infancia y la Adolescencia reconoce que cada familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de proteger a los niños. Así, establece en su artículo 10 que existe un principio de corresponsabilidad, en virtud del cual existe una *“conurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”*.

29. Por lo demás, el mismo Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 22 establece el derecho de los menores de edad a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Al respecto, indica la norma que sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos. En el mismo, artículo 23 se establece que los menores de edad tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado se extiende además a quienes convivan con los menores de edad. En la sección F de la presente sentencia, se desarrollará el marco normativo aplicable a la custodia de menores de edad con especial enfoque en los menores de edad que no pueden permanecer en los centros de reclusión o que cumplen cierta edad.

E. LA INSTITUCIÓN FAMILIAR Y SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

⁴³ Ver, sentencia T-510 de 2003.

30. En lo que corresponde a la institución familiar y su ámbito de protección constitucional, la Corte ha definido a la familia “*como aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos*”⁴⁴. En el mismo sentido, ha destacado la jurisprudencia que la importancia de la familia se evidencia en los artículos 5 y 42 de la Carta, en los cuales se hace referencia a la condición de “*institución básica*” y “*núcleo fundamental de la sociedad*”, señalando que la misma se constituye por vínculos naturales y jurídicos, y asignándole al Estado y a la sociedad el deber de garantizar su protección integral.

31. Los citados mandatos, a su vez, se corresponden plenamente con la concepción que el derecho internacional adopta sobre la institución familiar, en el sentido de reconocerla también como una institución básica e imprescindible de toda organización social, la cual debe ser objeto de atención y protección especial⁴⁵. A este respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 16), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 23), el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10°) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 17), se refieren a la familia como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad*”, al tiempo que le imponen a los estados y a la sociedad en general, la responsabilidad indelegable de protegerla y asistirle en procura de lograr su desarrollo integral.

32. Tal y como se evidencia en la sentencia C-026 de 2016, la Corte manifestó que “*(...) el ámbito de protección constitucional especial reconocido a la familia se hace explícito, entre otros aspectos: (i) en la prohibición a toda forma de discriminación por el origen familiar (C.P. art. 13); (ii) en el reconocimiento a la inviolabilidad de la honra, dignidad e intimidad de la familia (C.P. arts. 15 y 42); (iii) en la garantía otorgada a la familia a no ser molestada, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (C.P. art. 28); (iv) en el derecho a la no incriminación familiar (C.P. art. 33); (v) en el imperativo de fundar las relaciones familiares en la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y en el respeto entre todos sus integrantes (C.P. art. 42); (vi) en la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia, sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma (C.P. art. 42); (vii) en el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para los hijos, independientemente de cuál sea su origen familiar (C.P. art. 42); (viii) en el derecho de la pareja a decidir libre y responsablemente el número de hijos que desea tener (C.P. art. 42); (ix) en la igualdad en derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre y el deber de apoyar “de manera especial a la mujer cabeza de familia” (C.P. art. 43); y (x) en la asistencia y protección que en el seno familiar se debe a los hijos para garantizar su desarrollo integral y el goce pleno de sus derechos (C.P. art. 44).*”

⁴⁴ Ver, sentencias C-271 de 2003, C-821 de 2005 y C-241 de 2012.

⁴⁵ Ver, sentencias C-821 de 2005 y C-241 de 2012

33. De lo anterior se colige que, el ordenamiento jurídico le reconoce a la institución familiar el carácter de pilar fundamental dentro de la organización estatal, *“asociándola con la primacía de los derechos inalienables de la persona humana y elevando a canon constitucional aquellos mandatos que propugnan por su preservación, respeto y amparo”*⁴⁶.

34. Ahora bien, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución Política, esta Corte ha precisado que no existe un concepto único y excluyente de familia. Sobre este particular, la sentencia C-026 de 2016 destacó que *“acorde con el pluralismo que la propia Carta promueve como uno de los principios fundantes del Estado, la familia no puede restringirse exclusivamente a las conformadas en virtud de vínculos jurídicos o biológicos, sino que se extiende también a las relaciones de hecho que surgen a partir de la convivencia y que se fundan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, aspectos conforme a los cuales se promueve el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la realización personal de cada uno de sus integrantes”*.

35. Siguiendo dicho criterio, esta Corte ha reconocido que *“el concepto de familia es dinámico y, por tanto, debe guardar correspondencia con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, razón por la cual no es posible fijar su alcance a partir de una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tienen las personas de relacionarse y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellos”*⁴⁷.

36. Sobre el particular, en la sentencia T-049 de 1999, la Corte señaló que *“el concepto de familia no incluye tan sólo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía, incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquéllos integrantes, o cuando, por diversos problemas -entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos-, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”*.

37. En el mismo sentido, en la sentencia T-900 de 2006, se destacó que, *“en su conformación, la familia resulta flexible a las diversas maneras de relacionarse entre las personas, a las coyunturas personales que marcan el acercamiento y el distanciamiento de sus integrantes, o a los eventos que por su carácter irremediable determinan la ausencia definitiva de algunos de sus miembros”*. Con base en ello, precisó que *“[l]a fortaleza de los lazos que se gestan en el marco de la familia y la interrelación y dependencia que marcan sus relaciones entre cada uno de sus miembros hace que cada cambio en el*

⁴⁶ Ver, sentencia C-241 de 2012.

⁴⁷ Ver, sentencia C-026 de 2016.

ciclo vital de sus componentes altere el entorno familiar y en consecuencia a la familia”.

38. Posteriormente, en la sentencia C-577 de 2011, esta Corte manifestó que *“el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”.*

Adicionalmente, en lo que respecta a la filiación en la sentencia C-892 de 2012 señaló la jurisprudencia constitucional que: *“a partir de la interpretación de lo dispuesto por los artículos 13 y 42 de la Constitución, los distintos modos de filiación son titulares del mismo nivel de protección constitucional, de manera tal que existe una expresa prohibición de raigambre superior que impide la concesión de un tratamiento distinto que se predique en razón de la filiación. Esta restricción impone, en consecuencia, un límite al ejercicio de la actividad legislativa, en el sentido que las normas legales deberán, en todo caso, evitar que por el sólo hecho de la naturaleza de la filiación se otorgue una posición jurídica diferente a distintos grupos de individuos.”*⁴⁸

39. Al respecto, también en la sentencia C-606 de 2013, este Tribunal señaló que, *“es claro que 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*

⁴⁸ A su vez, las sentencias C-595 de 1996 y C-1026 de 2004, habían señalado con absoluta claridad la prohibición en el trato de los hijos por razones de filiación, esta última señaló: *“La Constitución establece la igualdad entre todos los hijos pues el artículo 42 señala con claridad que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.* Esto significa que son inconstitucionales aquellas regulaciones que establecen discriminaciones entre las personas por su origen familiar. La expresión acusada es inexecutable pues no existe ninguna justificación para que el deber y la facultad de los padres de cuidar personalmente de la crianza y educación de sus hijos estén restringidos a la filiación matrimonial. Dicha restricción a la filiación matrimonial y a los hijos legítimos establece una clara discriminación contra los hijos extramatrimoniales, que carecerían de ese cuidado personal, por lo cual es contraria al mandato constitucional que consagra la igualdad en derecho y deberes de todos los hijos (CP art. 42). La expresión será entonces retirada del ordenamiento.” Regla reiterada en la Sentencia T-070 de 2015 en los siguientes términos: *La Constitución Política de Colombia, establece en su artículo 42, que la familia puede constituirse por medio de vínculos naturales o jurídicos, mediante la determinación de dos personas de contraer matrimonio o por la voluntad libre y responsable de conformarla. Así mismo, la Carta Política señala que dicha institución, es el núcleo básico de la sociedad, por lo que el Estado y la Sociedad, deben garantizar su protección integral, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5º Superior. Igualmente, el artículo 42 Constitucional señala que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, extendiendo de esta manera el principio de igualdad al núcleo familiar. Dicha igualdad, exige que se trate con similar respeto y protección a todos los tipos de familia, prohibiendo todo tipo de discriminación, ya sea contra los hijos o contra cualquier descendiente, sin importar el grado.*

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”, ello sería reiterado en la Sentencia T-606 del mismo año, al señalar: *“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. La protección constitucional de la familia también se proyecta a las conformadas por padres e hijos de crianza, esto es, las que surgen no por lazos de consanguinidad o vínculos jurídicos, sino por relaciones de afecto, respeto, solidaridad, comprensión y protección. La evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones de facto, caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia, y en las cuales pueden identificarse como padres o abuelos de crianza a los cuidadores que ejercen la autoridad parental, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley.”*

40. Recientemente, la Corte Constitucional en la SU- 214 de 2016, reiteró el sentido amplio del concepto de familia, afirmando que: *“Del principio de la dignidad humana deriva la plena autonomía del individuo para escoger a la persona con la cual quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural o solemne, cuyos propósitos son acompañarse, socorrerse mutuamente y disfrutar de una asociación íntima, en el curso de la existencia y conformar una familia. Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona individualmente considerada y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes del ethos para determinarse en tres ámbitos concretos reconocidos por la jurisprudencia constitucional, a saber; “vivir como quiera”, “vivir bien” y “vivir sin humillaciones”. En ese sentido, el Estado no puede tolerar la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, toda vez que ello comporta un trato diferenciado fundado en la orientación sexual que quebranta la dignidad de la persona humana. Para esta Corte allí donde existe la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección del Estado. La libertad no consiste en no estar sometido a reglas, sino en darse a sí mismo normas de acción, que nos comprometen en nuestra vida para ser verdaderamente libres. La autonomía que tiene el ser humano de contraer matrimonio, sin distingos sociales, étnicos, raciales, nacionales o por su identidad sexual es un predicado de la dignidad humana. De allí que, constitucionalmente sólo resultan admisibles*

las limitaciones referidas a ciertos grados de consanguinidad, edad, ausencia de consentimiento libre o existencia de otro vínculo matrimonial”.

41. Teniendo en cuenta lo anterior, observa la Corte que la protección especial que la Carta y el derecho internacional reconocen a la institución de la familia, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad.

42. Ahora bien, esta Corte ha sostenido que la unidad y la integridad de la familia hace parte del ámbito de protección constitucional, y como se observó en la sección D anterior de esta sentencia, se garantiza el mismo derecho a los menores de edad. En este sentido, la Corte sostuvo que *“la familia no puede ser desvertebrada en su unidad ni por la sociedad ni por el Estado, sin justa causa fundada en graves motivos de orden público y en atención al bien común y sin el consentimiento de las personas que la integran, caso en el cual dicho consenso debe ser conforme al derecho”*⁴⁹.

43. La protección a la unidad familiar encuentra fundamento directo en la propia Carta Política, en particular, (i) en el artículo 15, que reconoce la inviolabilidad de la intimidad de la familia; (ii) en el artículo 42, que prevé directamente la necesidad de preservar la armonía y unidad de la familia sancionando cualquier forma de violencia que se considere destructiva de la misma; y, especialmente, (iii) en el artículo 44, que consagra expresamente el derecho de los niños a *“tener una familia y no ser separados de ella”*.

44. Acorde con tales mandatos, esta Corte ha sostenido en diversos pronunciamientos⁵⁰ que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental, tanto de los menores como de los adultos, que *“genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos”*⁵¹. En plena correspondencia con lo anterior, también ha señalado la Corte⁵² que, además de su faceta *ius fundamental*, el precitado derecho cuenta igualmente con una faceta *prestacional*, que se manifiesta en la obligación constitucional del Estado de *“diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar”*⁵³.

45. Ahora bien, en lo que corresponde a los derechos aplicables a las personas privadas de la libertad, ha manifestado la Corte en su sentencia C-026 de 2016 que *“(…) la unidad familiar hace parte del grupo de derechos que se restringen legítimamente como consecuencia del vínculo de sujeción que surge entre el recluso y el Estado. Dichas restricciones tienen origen,*

⁴⁹ Sentencia T- 447 de 1994.

⁵⁰ Ver, entre otros, sentencia C-026 de 2016.

⁵¹ Sentencia T-502 de 2011.

⁵² Ver, entre otras, Sentencias T-T-527 de 2009 y T-502 de 2011.

⁵³ Sentencia T-572 de 2009, reiterada en la Sentencia T-502 de 2011.

precisamente, en el aislamiento penitenciario obligado que genera la pérdida de la libertad personal. [...] No obstante, si bien el derecho a la unidad familiar se encuentra limitado para las personas privadas de la libertad, la jurisprudencia constitucional “ha reconocido la incidencia positiva del contacto del interno con su familia durante su tratamiento penitenciario”, razón por la cual ha entendido que las restricciones que pesan sobre dicha garantía deben ser las estrictamente necesarias para lograr los fines del establecimiento carcelario, el cometido principal de la pena que es la resocialización de los internos y la conservación de la seguridad, el orden y la disciplina dentro de las cárceles”.

46. Bajo tales condiciones, la misma jurisprudencia ha puesto de presente que las restricciones que operan sobre el derecho a la unidad familiar, deben ser adoptadas y ejercidas con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, *“con el fin de evitar la desintegración de los vínculos filiales más próximos y de garantizar el respeto por el debido proceso, la dignidad humana y las normas de raigambre internacional”*⁵⁴, a lo cual se llega, entre otras formas, *“garantiza[ndo] plenamente la posibilidad para el recluso de mantener comunicación oral, escrita y afectiva con sus familias”*⁵⁵.

47. Sobre la base de admitir las limitaciones al derecho a la unidad familiar, y la necesidad de evitar la desarticulación de la familia durante el proceso de reclusión dado su beneficio de resocialización, esta Corte ha sostenido que *“el derecho a la unidad familiar de los reclusos adquiere una connotación especial cuando su núcleo familiar se encuentra integrado por menores de edad, “por cuanto la Constitución le otorga una protección reforzada a los niños, la cual se ve proyectada en los casos en que éstos se ven privados del contacto con sus padres reclusos en establecimientos penitenciarios”*⁵⁶.

En este sentido, en la sentencia T-1175 de 2005, la Corte precisó que: *“[s]on los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropian 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 confiere la Constitución a la protección de la familia”.*

48. De este modo, tal como lo ha indicado la jurisprudencia constitucional en su sentencia C-026 de 2016, *“el Estado, a través de las autoridades públicas que tienen a su cargo la regulación, ejecución y control de la política criminal en materia penitenciaria y carcelaria, están en la obligación de garantizar que las personas privadas de libertad mantengan contacto*

⁵⁴ Ver, sentencia T-669 de 2012.

⁵⁵ Ver, sentencia T-017 de 2014.

⁵⁶ Ver, sentencia C-026 de 2016.

permanente con su grupo familiar; obligación que resulta más relevante si dicho grupo está integrado en parte por menores de edad cuyos derechos son prevalentes conforme al principio del interés superior del menor. Ello, dentro del propósito de “preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños”.

F. MARCO NORMATIVO APLICABLE A LA CUSTODIA DE MENORES DE EDAD

49. Este tribunal destacó que la familia es muy importante para el desarrollo integral y armónico del niño y que la relación entre sus miembros contribuye a crear un ambiente de amor y de cuidado, que es indispensable para dicho desarrollo, lo cual se evidencia en el precepto constitucional establecido en el artículo 44, así como en las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad. Es por lo anterior que el marco jurídico en el que se desarrolla el concepto de custodia de los menores de edad, debe leerse en el conjunto de las normas de crianza, educación, orientación, y son los padres los primeros llamados a garantizar y proteger el interés superior de los menores de edad. En este sentido, como se observó a los menores de edad se les debe garantizar el derecho a tener una familia y a mantener las relaciones afectivas con sus parientes.

50. La custodia de los menores de edad puede ser compartida por ambos padres, de manera permanente y solidaria, y el cuidado personal del niño corresponde tanto a sus padres como a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales, como lo prevé el artículo 23 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

51. De la misma forma, prevé el artículo 56 del Código de la Infancia y la Adolescencia que el niño, niña o adolescente deberá ubicarse en un ambiente con sus padres, o parientes cuando estos ofrezcan las condiciones para garantizarles el ejercicio de sus derechos y atendiendo su interés superior. En este sentido, el mismo artículo dispone que *“la búsqueda de parientes para la ubicación en medio familiar, cuando a ello hubiere lugar, se realizará en el marco de la actuación administrativa, esto es, durante los cuatro meses que dura la misma, o de la prórroga si fuere concedida, y no será excusa para mantener al niño, niña o adolescente en situación de declaratoria de vulneración. Los entes públicos y privados brindarán acceso a las solicitudes de información que en dicho sentido eleven las Defensorías de Familia, las cuales deberán ser atendidas en un término de diez (10) días. El incumplimiento de este término constituirá causal de mala conducta. Si de la verificación del estado de sus derechos se desprende que la familia carece de recursos económicos necesarios para garantizarle el nivel de vida adecuado, la autoridad competente informará a las entidades del Sistema Nacional de Bienestar Familiar para que le brinden a la familia los recursos adecuados mientras ella puede garantizarlos”.*

52. Para efectos de otorgar la custodia de un menor de edad conviene tener en cuenta lo previsto en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en lo que corresponde al procedimiento por mutuo acuerdo de los padres o a través de la

autoridad administrativa competente, así: (i) en principio la decisión sobre la custodia corresponde a los padres, que pueden conciliar sobre esta materia y someter esta conciliación a la aprobación del Defensor de Familia (art. 82.9); (ii) en caso de no haber acuerdo, la decisión provisional sobre la custodia y cuidado personal le corresponde al Comisario de Familia (art. 86.5); (iii) esta decisión debe remitirse al juez de familia para homologar el fallo (art. 100). En cuanto al trámite judicial, se realiza la solicitud ante un juez de familia, a través de un proceso verbal sumario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 390 (3) del Código General del Proceso.

53. Cuando no hay acuerdo entre las partes, que en un acto generoso y responsable deciden pensar en lo mejor para su hijo, esta decisión como se mencionó anteriormente es el resultado de un proceso administrativo y de un proceso judicial, *“a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños”*⁵⁷. En estos procesos corresponde a las autoridades administrativas y judiciales *“analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar”*.

54. Sobre la base de lo anteriormente expuesto, es dado concluir que la decisión que deba adoptar la autoridad administrativa o el juez de familia competente, sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda –y se debe fundar siempre- en el interés superior del niño, por lo cual, son estos los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor.

55. En lo que corresponde a la custodia de un niño o niña que no pueda permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del Decreto 2553 de 2014 *“la custodia del niño o niña menor de tres (3) años que convive con su madre interna en establecimiento de reclusión, corresponde a ésta”*.

56. Con el fin de garantizar los derechos de dichos menores de edad, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adoptó mediante Resolución No. 1526 del 23 de febrero de 2016, el Lineamiento Técnico Administrativo de Ruta de Actuaciones para Restablecimiento de Derechos de menores de edad con sus Derechos Inobservados, Amenazados o Vulnerados. Específicamente el Anexo No. 2 de dicho Lineamiento, se definen las acciones a ser desarrolladas por las autoridades competentes en el marco del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, en pro de lograr la protección integral de los hijos de personas privadas de la libertad⁵⁸.

⁵⁷ Ver, sentencia C-239 de 2014.

⁵⁸ Es importante tener en cuenta lo que ha indicado la Corte Constitucional, en la sentencia C-157 de 2002, frente a la permanencia y cuidado de niños y niñas menores de tres años de edad, ubicados en centros carcelarios bajo el cuidado de sus progenitoras: *“Si bien es cierto que permitir la estadia del menor durante*

En el caso específico de la custodia de los menores de edad próximos a cumplir tres (3) años de edad, el mencionado Lineamiento dispone que (i) el INPEC través de los establecimientos de reclusión deberá informar a la autoridad administrativa competente, de dicha situación, con el objetivo que se evalúe la posibilidad de asignar la custodia del niño o la niña a la persona referida por parte de la progenitora privada de la libertad, teniendo en cuenta que la misma cumpla con las condiciones necesarias para ser garante de sus derechos; en caso contrario, deberá realizar las acciones correspondientes de acuerdo a lo establecido en la ley y los lineamiento del ICBF, y (ii) para otorgar la custodia y cuidado personal de los niños, las niñas y los adolescentes hijos de personas que estén privadas de la libertad, deberá privilegiarse la red familiar, previo estudio exhaustivo de las condiciones de garantía de derechos que al interior de la misma se brinden.

57. Es por esto que la intervención del Estado para separar a un niño de su familia, está autorizada de manera marginal y subsidiaria y únicamente si se presentan razones suficientes que así lo ameriten. Ni los recursos económicos ni el nivel educativo de los padres son razones suficientes para la intervención del Estado, pues ello implicaría una sanción irrazonable a padres y a hijos y un trato discriminatorio. En la experiencia de esta Corte se han identificado cuatro posibles razones que sí serían suficientes para que el Estado intervenga y separe al niño de su familia, como son: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (ii) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia.

58. Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, observa la Corte que existe una protección reforzada a la familia, en particular, cuando está conformada por niños y/o niñas, así como por la convivencia entre padres e hijos como elemento fundamental de la vida familiar. Cabe resaltar que como se observó en la sección E anterior, las autoridades competentes deben garantizar las condiciones necesarias para que las personas privadas de la libertad, dentro de las limitaciones propias de su situación, cuenten con el apoyo de su familia y tengan contacto con la misma, máxime cuando se

sus primeros años de vida en la cárcel puede afectar su desarrollo armónico e integral, el no hacerlo significa privarlo del contacto frecuente con su madre, separarlo de ella en una etapa de su vida en la que la relación materno - filial es determinante. Además, cuando a un menor se le impide estar durante la primera etapa de la vida con su madre en razón a que está interna en un centro de reclusión, se le limita su derecho a tener una familia, a no ser separado de ella, como expresamente lo manda la Constitución. También se le limita la posibilidad de ser amamantado, que si bien no es necesario que ocurra, si es valioso, pues reporta beneficios en el desarrollo del menor y sirve para garantizarle una alimentación equilibrada, como es su derecho. En no pocos casos privar a un menor de la compañía de su madre implica separarlo de una de las personas que mayor afecto y atención le puede brindar, con lo que se estaría afectando gravemente el derecho constitucional de todo niño y toda niña a recibir cuidado y amor. Si estar con la madre en la cárcel es inadecuado debido a las condiciones de dichos establecimientos, el Estado tiene el deber de generar unas condiciones que no expongan los derechos de los menores ni pongan en peligro al menor. Tiene la obligación de tomar las medidas administrativas, logísticas y presupuestales que se requieran para garantizar los derechos a los que se ha hecho alusión en este fallo”.

involucran menores de edad, para garantizar así los derechos de la persona privada de la libertad y maximizar y priorizar el interés superior del menor de edad. Estas reglas admiten como excepción, que los niños o niñas puedan ser separados de sus padres y/o de su núcleo familiar, solamente cuando así lo imponga su interés superior, para lo cual las autoridades administrativas y judiciales deberán utilizar todos los elementos de juicio, para determinar quién reúne las características para proteger y garantizar los derechos del menor de edad.

G. SOLUCIÓN A LOS CARGOS PROPUESTOS

Interpretación del precepto demandado a la luz de lo dispuesto en los artículos 13, 42 y 44 Superiores

59. Como se pudo observar anteriormente, esta Corte, en interpretación del artículo 42 Superior, tiene una extensa línea jurisprudencial que ha definido el sentido y el alcance del término familia como núcleo esencial de la sociedad, concluyendo que éste no parte de una realidad pre-establecida, sino que reconoce la evolución social, por lo que sus acepciones son abiertas y diversas. Ello permite afirmar que el núcleo matrimonial, o de padres e hijos, o si se quiere el núcleo más próximo a los menores no es necesariamente el único que se pueda entender como su familia, reconociendo de esta forma la jurisprudencia constitucional que la familia se constituye por vínculos jurídicos o naturales, por la decisión libre de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

60. En este sentido, tal y como lo prevé el artículo 35 del Código Civil, por parentesco de consanguinidad se entiende *“la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz o que están unidas por vínculos de la sangre”*. En plena correspondencia con lo anterior, el artículo 37 del mismo ordenamiento dispone que: *“[l]os grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo, y dos primos hermanos en cuarto grado de consanguinidad entre sí”*. En cuanto hace al parentesco civil, el artículo 50 del Código Civil lo define como *“...el que resulta de la adopción, mediante la cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo. (...)”*.

61. En adición, como bien lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, la familia como institución básica de la sociedad debe ser protegida y amparada por el Estado. Tal protección se hace extensiva tanto a las familias que surgen en virtud de cualquiera de los vínculos mencionados anteriormente (lazos de consanguinidad y parentesco civil), o 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.

Teniendo en cuenta lo anterior mal haría esta Corte en desconocer que la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido un concepto amplio de

familia, y es que el precepto demandado, sin duda alguna pretende que los niños y niñas puedan crecer en el seno de un hogar, donde encuentren lazos de amor que 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, no sólo resultaría violatorio de su derecho fundamental a la familia y los derechos fundamentales de los niños consagrados en el artículo 44 Superior, sino que daría un entendimiento de ésta tan restringido que resultaría violatorio de la jurisprudencia constitucional. Como bien se señaló en la sección E de esta sentencia el concepto de familia en modo alguno puede asimilarse con el de la consanguinidad, y 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.

62. Lo anterior, trasciende esencialmente en el derecho fundamental de los niños y las 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. Privar a un menor de crecer en un hogar con vínculos afectivos, que lo guíen y permitan la concreción de su dignidad humana, resulta, a todas luces, contrario a la dignidad que le asiste, así como al principio de prevalencia del interés del menor. La jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al señalar la necesidad de la familia, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CP), como el lugar donde se desarrollan las primeras relaciones que preparan al individuo para su convivencia en sociedad; mal haría el Estado al privar al menor de iniciar el desarrollo su proyecto de vida en este núcleo, por la simple razón de carecer de un vínculo de consanguinidad, cuando luego de un ejercicio probatorio estricto, se determine que existen personas que tienen vínculos afectivos, así como la capacidad e idoneidad de acoger al menor que no puede permanecer en el establecimiento carcelario con su madre.

63. Ahora, el derecho a mantener la unidad familiar de las personas privadas de la libertad es restringido precisamente por el aislamiento penitenciario al que se ven sometidas. Pero tal limitación, manifestación propia de la especial relación de sujeción de estas personas frente al Estado, debe darse en observancia de los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad, y solo es viable cuando tiende a hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, específicamente la resocialización del interno. Si bien, *prima facie* podría señalarse que la limitación acusada podría resultar razonable y proporcionada, en la medida en que pretende que se evite la desintegración y desarticulación de los vínculos filiales más próximos, en la ausencia de familiares con vínculos de consanguinidad, lo que terminan por hacer ese dejar a los niños y niñas en un estado de desprotección contrario a los mandatos 42 y 44 Constitucionales.

Cabe resaltar que la intención del legislador⁵⁹ al aprobar esta disposición (Gacetas del Congreso 256/13 Cámara y 023/13 Senado) dan cuenta de que no

⁵⁹ Si bien no existe un consenso en cuanto a cuál debe ser el peso específico que se le otorgue a la intención del legislador, ésta debe ser analizada recurriendo a las Gacetas del Congreso, pues como señala la doctrina “*las leyes son sancionadas, al menos en ciertos casos, con intenciones específicas que son potencialmente*

se encuentra en el debate legislativo la finalidad para incluir la limitación del vínculo de consanguinidad para otorgar la custodia de los menores de edad de hijos de mujeres privadas de la libertad, o al menos referencia alguna o justificación a la misma. El texto aprobado es el mismo texto desde el tercer debate, sin que se encuentre el sustento razonable de la modificación al texto original.

64. Siendo ello así, no obstante que la medida legislativa que se cuestiona puede encontrar algún grado de justificación en el propósito de garantizar un mayor nivel de protección a los derechos de la población infantil que no puede permanecer junto a su madre en los centros de reclusión, la misma resulta a todas luces desproporcionada, inadecuada e innecesaria, en relación con las limitaciones que genera en el ejercicio de los derechos a la unidad familiar y a la dignidad humana, y con respecto al alcance claramente discriminatorio que produce. Ello, en perjuicio de aquellos menores de edad que carecen de un vínculo de consanguinidad con otro pariente no privado de la libertad, pero con el que tienen un vínculo afectivo y estrecho, y que al no ser parientes que acredite “*grado de consanguinidad*”, no pueden ser puestos bajo su protección mientras su madre permanece en el establecimiento carcelario.

65. En definitiva, se reitera la posición adoptada por esta Corte, a la que ya se hizo mención en la sección E de esta providencia, así como en la sentencia C-026 de 2016, que le atribuye a la familia un alcance dinámico, acorde con la constante evolución e interacción de las relaciones humanas, motivo por el cual las medidas que se adopten en torno a su alcance, no pueden partir de una concepción meramente formal, sino atendiendo a criterios objetivos y sustanciales surgidos de las diversas maneras que tiene las personas de relacionarse, y de la solidez y fortaleza de los vínculos que puedan surgir entre ellas.

66. Adicionalmente, observa la Sala que el marco jurídico aplicable a la custodia de menores de edad, en especial, aquellos que se encuentran bajo los presupuestos de la norma demandada, se enmarca en una serie de normas y disposiciones que buscan dar un entendimiento de la familia en un sentido amplio. Sobre esta base, se hizo mención al lineamiento en el cual se busca fundamentalmente que la autoridad competente evalúe la posibilidad de asignar la custodia del niño o la niña a la persona referida por parte de la progenitora privada de la libertad, privilegiando la red familiar, sin que esto implique que se puedan estudiar condiciones de otras personas cercanas al menor de edad. Anota la Sala que las decisiones que adopte cualquier autoridad administrativa o el juez de familia competente, sobre la custodia y cuidado personal del niño se funda –y se debe fundar siempre- en el interés superior del menor, por lo cual, son estos los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas que le permitan ponderar la situación económica, social, psicológica y

importantes para la interpretación de las leyes y que esta es una cuestión, de hecho, que puede ser decidida mediante los procedimientos ordinarios para descubrir hechos”. Andrei Marmor, Interpretación y teoría del derecho. Editorial Gedisa, Barcelona, 2000. P. 220

cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor.

67. Como consecuencia de lo anterior, no se pone en duda que la expresión acusada desconoce el deber constitucional impuesto al Estado de garantizar, a los menores de edad, el derecho a preservar sus relaciones familiares, a crecer en una familia en la que puedan desarrollarse en dignidad, pues la norma acusada no permite que niños, niñas y adolescentes puedan crecer con personas con quienes han mantenido lazos afectivos y de convivencia, como puede ser el caso de nietos, sobrinos e hijos de crianza, lo que no presupone necesariamente una relación de consanguinidad, vulnerando de esta forma lo dispuesto en los artículos 13, 42 y 44 Superiores, ya que la norma demandada se refiere exclusivamente a aquellas personas con las que se evidencie un vínculo de consanguinidad sin incluir a aquellas familias de crianza o un concepto amplio de familia.

68. En consecuencia, considera la Corte que ante los problemas de constitucionalidad a los que se ha hecho expresa referencia, resulta apropiado declarar la inexecutable de la expresión “que acredite vínculo de consanguinidad”, contenida en el párrafo 1 del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, tal y como lo solicita el demandante, pues una decisión contraria limitaría el alcance del derecho a la familia, y la especial protección de los niños, niñas y adolescentes (arts. 42 y 44 de la Carta), que ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia constitucional. Cabe resaltar que, la declaratoria de inexecutable en modo alguno tiene como fin excluir a los familiares consanguíneos de la custodia de estos menores, quienes en todo caso, y siguiendo con la normatividad vigente, son los primeros llamados a ejercerla, sino que adicionalmente reitera que la familia también se proyecta en condiciones de igualdad a todas aquellas familias que responden a la evolución y dinámica de las relaciones humanas (tal como lo son las familias conformadas por padres e hijos de crianza, y aquellas caracterizadas y conformadas a partir de la convivencia y en virtud de los lazos de afecto, solidaridad, respeto, protección y asistencia), al margen de limitarse exclusivamente a la existencia de vínculos de consanguinidad o vínculos jurídicos. Por lo anterior, reconoce la Corte que le corresponde al juez o la autoridad administrativa competente otorgar la custodia del menor a cualquier persona capaz e idónea (que cuente con lazos de consanguinidad o no), siempre que dicha persona 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.

H. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

69. Teniendo en cuenta los cargos presentados por el demandante, en esta sentencia le correspondió a la Corte Constitucional determinar si ¿constituye una vulneración a los derechos a la igualdad, a la familia y a no ser separado de ella, y al interés superior de los niños, según dichos mandatos constitucionales se encuentran contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución, exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y los

niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios o cuando sean mayores de tres (3) años, la acreditación de vínculos de consanguinidad?

70. Sobre el particular, observó la Sala que:

- a. Teniendo en cuenta el mandato de protección especial previsto en la Constitución y en distintos tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional ha reconocido a los niños como sujetos de protección constitucional reforzada. Siendo uno de los principios orientadores de dicha protección el interés superior del menor de edad (mismo principio consagrado en el Código de la Infancia y la Adolescencia), el cual se determina atendiendo a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño, así mismo dicho principio adquiere relevancia en situaciones en las que estos derechos entran en tensión con los derechos de otra persona o grupo de personas y resulta entonces necesario realizar una ponderación, bajo el entendido que dicho interés no es absoluto pero prima de manera inexorable en todos los casos de colisión de derechos, siendo entonces autónomo y obligatorio para todos.
- b. Se entiende entonces que la responsabilidad principal en lo que respecta a la custodia, la crianza y la provisión de los medios económicos básicos para el bienestar de los niños, reposa en la familia. La familia, en este contexto, no puede entenderse solamente en su acepción tradicional, sino que abarca todas aquellas formas de unidad social fundamental en la que se inserte el niño, incluso extendiéndose a la familia ampliada, esto es, no se limita a aquella del modelo clásico compuesta por vínculos de consanguinidad, sino que se extiende a otras estructuras, conformadas por vínculos jurídicos o naturales, que surgen a partir de la convivencia y que se basan en el afecto, el respeto, la protección, la ayuda mutua, la comprensión y la solidaridad, según se expuso en mayor detalle en la sección E de la presente sentencia.
- c. En este sentido, tanto los menores de edad como las mujeres privadas de su libertad, tienen derecho a que el Estado a través de las autoridades públicas, les sea mantenido un contacto permanente con su grupo familiar, obligación que resulta más relevante si dicho grupo está integrado en parte por menores de edad cuyos derechos son prevalentes conforme al principio del interés superior del menor, con el fin de preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los menores de edad.
- d. El derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella tiene una especial importancia para los menores de edad, puesto que por medio de su ejercicio se materializan numerosos derechos constitucionales diferentes, que por lo tanto dependen de él para su efectividad: es a través de la familia que los niños pueden tener acceso al cuidado, el amor, la educación y las condiciones materiales mínimas para desarrollarse en forma apta. Cuando un niño ha desarrollado vínculos afectivos con sus cuidadores de hecho, cuya ruptura o

perturbación afectaría su interés superior, es contrario a sus derechos fundamentales separarlo de su familia de crianza, incluso si se hace con miras a restituirlo a su familia biológica.

- e. Por lo tanto, limitar la custodia de los menores de edad únicamente a aquellas personas que se encuentren unidas por un vínculo de consanguinidad al menor, no sólo resultaría violatorio de su derecho fundamental a la familia, sino que daría un entendimiento de ésta tan restringido que resultaría violatorio de la jurisprudencia constitucional. Como bien se señaló en la sección E de esta sentencia el concepto de familia en modo alguno puede asimilarse con el de la consanguinidad, y 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.
- f. Por lo demás, al analizar el marco jurídico aplicable a la custodia de un niño o niña que no pueda permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, observó la Sala que se aplica un concepto amplio de familia que busca realizar el interés superior del menor de edad. Por lo cual, al momento de cumplir con cualquiera de los requisitos, la autoridad administrativa competente deberá evaluar la posibilidad de asignar la custodia a la persona referida por la progenitora, privilegiando a los parientes consanguíneos, sin que esto desconozca otro tipo de parentesco o concepto de familia en sentido amplio.

71. Teniendo en cuenta lo anterior, se evidencia que la expresión acusada desconoce el deber constitucional impuesto al Estado de garantizar, a los menores de edad, el derecho a preservar sus relaciones familiares, a crecer en una familia en la que puedan desarrollarse en dignidad, pues la norma acusada no permite que niños, niñas y adolescentes puedan crecer con personas quienes han mantenido lazos afectivos y de convivencia, como puede ser el caso de nietos, sobrinos e hijos de crianza, lo que no presupone necesariamente una relación de consanguinidad, lo que vulnera lo dispuesto en los artículos 13, 42 y 44 Superior, ya que la norma demandada se refiere exclusivamente a aquellas personas con las que se evidencie un vínculo de consanguinidad sin incluir a aquellas familias de crianza o un concepto amplio de familia.

72. En virtud de lo anterior, la Sala procederá a declarar la inexecutable de la expresión demandada, siendo enfática en que tal declaratoria no excluye el hecho que la custodia deba ser otorgada a los parientes consanguíneos, siguiendo el actual ordenamiento legal. Así mismo, reconoce la Sala que la decisión tiene como fin abrir la posibilidad de que dicha custodia no se limite a dichos familiares, sino también a 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, los operadores jurídicos competentes (juez o autoridad administrativa) puedan otorgar la custodia 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. Dicha decisión se debe fundar siempre en el interés superior del menor, por lo cual, son los operadores jurídicos los llamados a evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona capaz de asumir la custodia del menor en los eventos señalados en el parágrafo 1o del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014.

III. DECISIÓN

La Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar **INEXEQUIBLE** la expresión “*que acredite vínculo de consanguinidad*” contenida en el parágrafo primero del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014 “*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*”.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Presidenta

AQUILES IGNACIO ARRIETA GÓMEZ
Magistrado (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Vicepresidente

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado
Ausente con permiso

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General