



Bogotá D.C., 26 de agosto de 2015

Honorables Magistradas y Magistrados
Corte Constitucional de Colombia
Sala Plena
E. S. D.

Referencia: Intervención pública de la Fiscalía General de la Nación en el proceso D-10875. Acción Pública de Inconstitucionalidad contra la Ley 65 de 1993, artículo 112 A (parcial), adicionado por el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014.

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Respetados Magistrados y Magistradas,

ANDREA LILIANA NÚÑEZ URIBE, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.088.076, obrando en mi calidad de Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación (E), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 9° del Decreto 016 de 2014, "*Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación*"¹, respetuosamente me permito intervenir en el presente proceso, con el fin de solicitar a esta Corporación que declare la inconstitucionalidad de la norma acusada, o que en

¹Artículo 9: La Dirección Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales cumplirá las siguientes funciones: 5. Intervenir en los procesos constitucionales y en las demandas de inconstitucionalidad, de interés para la Fiscalía General de la Nación. Decreto-Ley 016 de 2014, "*Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación*".



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

su defecto, la declare exequible condicionadamente conforme con los argumentos expuestos en la presente intervención.

I. OBJETO DE LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

A. Norma demandada

El texto de la norma acusada es el siguiente (se subraya el aparte objeto de demanda):

Ley 65 de 1993

Modificada por la Ley 1709 de 2014

Artículo 112A. Adicionado por el art. 74 de la Ley 1709 de 2014.
Visita de niños, niñas y adolescentes. Las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad o primero civil, por lo menos una vez al mes, sin que coincida con el mismo día en el que se autorizan las visitas íntimas. Durante los días de visita de niños, niñas o adolescentes se observarán mecanismos de seguridad especiales y diferenciados para garantizar el respeto de sus derechos y libertades fundamentales.

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

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



B. Síntesis de la demanda

Para el accionante, el aparte acusado de la disposición vulnera la dignidad de las personas privadas legalmente de la libertad. Afirma que en los centros de reclusión debe prevalecer el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos como base del Estado Social de Derecho.

A partir de lo anterior, afirma el demandante que la norma acusada vulnera inicialmente la prohibición de aplicar castigos crueles, inhumanos y degradantes, pues de la condición misma de la privación legal de la libertad se deriva un aislamiento del entorno familiar que se agrava cuando, por razones normativas, se imponen restricciones injustificadas a ciertas personas para poder acceder a las penitenciarías y visitar a las personas allí recluidas.

En este sentido, el accionante considera que restringir las visitas a las personas privadas de la libertad de aquellos niños que guardan una relación de parentesco por consanguinidad o civil en el primer grado viola el derecho a la igualdad de otros niños que, pese a tener una relación de consanguinidad, civil o de otro tipo con los reclusos, no pueden visitarlos por estar excluidos de la condición normativa de acceso a las cárceles.

Para el demandante, restringir el acceso de los niños a las cárceles, como lo hace la norma acusada, supone una carga desproporcionada sobre su derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de ella, sin que se tenga en cuenta su origen y relación específica con la persona privada de la libertad. Además, considera que esta decisión desconoce el valor que el entorno familiar guarda en el desarrollo del tratamiento penitenciario y, consiguientemente, en el proceso de resocialización de la persona privada de la libertad.

Finalmente, afirma que en la práctica la implementación de esta norma por parte de las autoridades penitenciarias y carcelarias es exegética, y que priva a muchos internos del contacto con seres queridos que quedan por fuera de la condición normativa acusada.



II. PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN

Con fundamento en los antecedentes expuestos, la Fiscalía General de la Nación considera que el problema jurídico sobre el que la Corte debe pronunciarse es el atinente a si el contenido normativo demandado apareja la vulneración de los derechos fundamentales de los niños y niñas a la igualdad y a tener una familia y no ser separados de ella, contenidos en los artículos 12, 13 y 44 de la Constitución.

La Corte deberá pronunciarse sobre la presunta inconstitucionalidad del aparte normativo que establece como condición de acceso a las cárceles y penitenciarías para la visita a las personas privadas de la libertad por parte de los niños y niñas, que estos tengan parentesco del primer grado consanguinidad y civil con aquellos, pese a que, (i) los niños no pueden ser discriminados en el ejercicio de sus derechos en razón de su origen familiar, (ii) que el derecho a la visita de la familia hace parte del derecho al tratamiento penitenciario como medio de resocialización en el marco de la relación especial de sujeción en que se encuentran las personas privadas de la libertad, y que, (iii) la noción de familia que se deriva de la Constitución y que ha desarrollado la Corte en su jurisprudencia no adscribe la familia solo a los lazos de parentesco por consanguinidad y civil.

Con el fin de desarrollar la postura de la Fiscalía General de la Nación en relación con el asunto sometido a examen de la Corte Constitucional, la presente intervención está dividida en tres partes. En la primera se reconstruirá la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia para concluir que, de la relación especial de sujeción en que se encuentran las personas privadas legalmente de la libertad con respecto al Estado, se deriva un derecho fundamental al tratamiento penitenciario, en cuyo desarrollo las visitas del entorno familiar de la persona privada de la libertad son determinantes.

En la segunda parte la Fiscalía explorará la noción de familia que surge de la Constitución y que ha sido desarrollada por la jurisprudencia de la Corte, para argumentar que, de acuerdo con dicha noción y el derecho fundamental a la



igualdad de los niños, los lazos determinantes que unen a la persona bajo esta institución en ningún caso están determinados de forma excluyente por las relaciones de consanguinidad o civiles.

En la tercera parte, se señalará que la norma demandada plantea un conflicto entre principios y derechos constitucionales, y se expondrá una solución a este conflicto por medio de un test de proporcionalidad.

Finalmente, se concluirá que la norma acusada debe ser declarada inconstitucional, más aun, si se tiene en cuenta que los niños no pueden ser discriminados en razón de su origen familiar y que esto incluso ha configurado un estatus familiar de facto que ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte justamente como medida de protección de sus derechos fundamentales.

III. FUNDAMENTOS

A. De la relación de especial sujeción en que se encuentran las personas privadas de la libertad se deriva un derecho fundamental al tratamiento penitenciario

Las personas que han sido reclusas en centros penitenciarios o carcelarios, se encuentran en una situación especial que enmarca el alcance de sus derechos fundamentales e incluso determina los especiales deberes del Estado. Así pues, si bien es cierto las personas sometidas a la circunstancia de *encarcelamiento* encuentran limitada legítimamente su libertad personal y, consiguientemente, el alcance de algunos derechos ligados a esta libertad, como la locomoción, no lo es menos que cuentan con la garantía y el pleno ejercicio de todos aquellos derechos que derivan de su dignidad, y otros, que se derivan justamente de esta singular relación entre la administración y las personas reclusas en centros penitenciarios. Este tipo de relación tiene unos límites claros que la jurisprudencia de la Corte ha sistematizado en una doctrina que vale la pena reiterar ahora. Ha dicho este Tribunal al respecto:



“Doctrina constitucional acerca de las relaciones de especial sujeción.

[...]

Como lo puede apreciar la Sala, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, están: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, *habeas data*, entre otros). (iii) El deber positivo² en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo³ en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias⁴ que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización⁵ de los reclusos.

En este sentido, del perfeccionamiento de la ‘relación de especial sujeción’ entre los reclusos y el Estado, surgen verdaderos deberes jurídicos positivos del Estado. Tales deberes se encuentran estrechamente ligados a la garantía de la funcionalidad del sistema penal, que viene dada por la posibilidad real de la resocialización de los reclusos, a partir del aislamiento en condiciones cualificadas de seguridad y de existencia vital de la población carcelaria. Deberes positivos de cuyo cumplimiento depende la legitimidad del sistema

² Sobre el contenido de este deber positivo ver la sentencia T-153 de 1998.”

³ Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véase las sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998.”

⁴ Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 de 1992.”

⁵ La posibilidad de reinserción social depende en buena medida de la eficacia del derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios adecuados, este derecho encuentra el fundamento de su validez en el derecho a la dignidad y en el principio del Estado social de derecho, así en sentencia T-153 de 1998.”



penal y, ante cuya inadvertencia, este último resulta convertido en una mera sombra de los valores y principios propios del Estado social de derecho.^{6,7}

El mantenimiento de este tipo especial de relación, con los derechos y deberes de las partes –apuntados al objetivo final de la resocialización–, es lo que explica el ámbito de competencias de la administración. Así entonces, como lo estableciera la Corte Constitucional en la Sentencia T-153 de 1998, que declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país, la resocialización depende en buena parte del hecho concreto de que los reclusos puedan contar con centros carcelarios adecuados a su dignidad, en los que las etapas del proceso de tratamiento penitenciario, que es la forma concreta que adopta el proceso de resocialización, tengan posibilidades reales de llevarse a cabo y no sean solo anotaciones retóricas sin ningún sustento concreto en la realidad, pues en todo caso, esto es también expresión del principio del Estado Social de Derecho.

La relación especial de sujeción apunta como fin principal a la resocialización del individuo como expresión del Estado Social de Derecho en este ámbito. Esto se explica porque, como lo anota la Corte, no solo el hecho de estar privado de la libertad no suprime la dignidad del individuo, sino que sobre esta base se establece el sistema penitenciario. De este modo, una vez cumplida la pena, el sujeto privado de la libertad recupera de forma plena todos sus derechos y los ejerce en el marco de una sociedad que tiene el deber de acogerlo como uno de sus miembros.

En este sentido, si la resocialización es el fin de la mencionada relación, que enmarca todas las actuaciones de la administración penitenciaria, entonces el tratamiento penitenciario es la herramienta fundamental para alcanzar este valioso objetivo constitucional, como expresión de los deberes positivos surgidos para el Estado. Uno de estos deberes es la real resocialización de las

⁶ Sobre la síntesis de la doctrina constitucional de las relaciones de especial sujeción, en idénticos términos Cfr., Sentencia T-881 de 2002.

⁷ Sentencia T-687 de 2003. Esta sentencia además de hacer un recuento de la jurisprudencia sobre las relaciones de especial sujeción, es relevante en el sentido de resolver que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para que una persona privada de la libertad, reclame la garantía de su derecho a la salud, sin que sea necesaria la afectación de otros derechos fundamentales por conexidad.



personas privadas de la libertad. Por lo tanto, las medidas que tocan con dicho tratamiento deberán cumplir con los mismos requisitos que ha establecido la jurisprudencia constitucional para cualquier medida tomada por la administración penitenciaria en el marco de la aludida relación.

Esto es así porque como lo ha afirmado la Corte Constitucional:

“Cuando se considera que se desconoce la ‘dignidad’ de las personas privadas de la libertad en las cárceles del país, suele hacerse en dos sentidos. Para hacer referencia al desconocimiento de las condiciones materiales de existencia mínima que se han de garantizar a toda persona, en tanto ser humano (‘vivir bien’), por un lado, y para referirse al haber sido privado de los bienes no patrimoniales, la integridad física y la integridad moral (‘vivir sin humillaciones’), por otro lado.⁸ Sin embargo, teniendo en cuenta que la situación de reclusión es temporal, la dignidad humana no sólo supone asegurar condiciones mínimas y básicas necesarias para la vida presente, sino también garantizar la

⁸ Recientemente, la jurisprudencia constitucional ha delimitado conceptualmente los ámbitos de protección de la *dignidad humana*, estableciendo tres campos diferentes que han sido desarrollados, caso por caso, a saber: “(...) (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).” Así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), caso en el cual, luego de analizar el desarrollo jurisprudencial de la categoría constitucional ‘*dignidad*’, se consideró que la decisión de la entidad accionada de suspender el fluido eléctrico generó unas condiciones existenciales tales [“(...) *Imposibilidad de prestación del servicio médico y de correcto funcionamiento del Hospital del Arenal (falta de energía, equipos médicos dañados por deficiencias en el fluido eléctrico). Imposibilidad del funcionamiento del acueducto única fuente de agua potable del municipio (funciona con motobombas). Ausencia de iluminación en los establecimientos de la fuerza pública en las horas de la noche. (...)*] que implicaron ‘una incuestionable amenaza a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la salud por conexidad con la vida y a la integridad física.’ Dentro de la segunda línea jurisprudencial (la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia, ‘*vivir bien*’), la Corte se refiere a sentencia como la T-296 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), caso en el que se revisó la acción de tutela presentada por una persona recluida en una cárcel con problemas de hacinamiento y que tenía que dormir sobre un piso húmedo, lugar de paso de otros reclusos; aunque en este caso la Corte no concedió la tutela por existir hecho superado (libertad del actor), se pronunció sobre la relación entre el hacinamiento penitenciario la dignidad humana y las condiciones materiales de existencia, en los siguientes términos: “(...) el juez de tutela, como autoridad constitucional ‘*obligada a asumir la vocería de las minorías olvidadas*’, debe ser riguroso en la protección de la dignidad humana de los internos (...)”, no obstante reconoció que tal deber puede implicar ordenar la inclusión presupuestal y la ejecución de una obra pública, siempre y cuando se trate de una orden ‘restringida’ y ‘excepcional’, que responda a un término razonable, proporcionado, acorde con las exigencias legales y constitucionales de disponibilidad presupuestal y ordenación del gasto.”



posibilidad de regresar al seno de la sociedad mediante procesos adecuados de resocialización^{9,10}.

La dignidad es, en el marco de las relaciones de especial sujeción, el criterio que establece la especial protección de los derechos fundamentales de las personas legítimamente privadas de la libertad. En este contexto, como lo establece la Corte, la dignidad refiere las singulares condiciones de goce efectivo de los derechos en el presente, es decir, en el momento en que se cumple la privación de la libertad. Sin embargo, la dignidad supone simultáneamente la consideración de las condiciones de dicha privación hacia el futuro.

Lo anterior implica que cualquier medida que afecte la doble dimensión de la dignidad de las personas privadas de la libertad y del consiguiente goce efectivo de los derechos fundamentales debe juzgarse inconstitucional. En efecto, del hecho de estar privado de la libertad no se deriva la suspensión de todos los derechos establecidos en la Constitución, sino solamente su limitación en el marco de un nuevo escenario que da a los derechos de las personas que se encuentran en una situación de privación legítima de la libertad un valor singular enmarcado en un tipo de relación especial¹¹. En este escenario, el Estado tiene unos deberes claros establecidos en la propia Constitución y articulados en el concepto ya citado de *la relación de especial sujeción* y, consiguientemente, del concepto de dignidad inmanente a todos los derechos y todas las circunstancias¹².

⁹ Para la Corte Constitucional, del “(...) derecho a la dignidad y del concepto de Estado social de derecho, se deduce el derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios que les garanticen la posibilidad de reinsertarse en la sociedad (...)”, razón por la cual “(...) el análisis del sistema penitenciario debe siempre girar en torno de la pregunta sobre si éste cumple con la función resocializadora, a la cual se debe fundamentalmente. (...)”. Corte Constitucional, sentencia T-153 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz). En sentido similar, el inciso 6 del artículo 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, (CADH, 1969) establece que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, y el numeral 3 del artículo 10º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PDCP, 1966) señala que “[e]l régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados (...)”.

¹⁰ En esta sentencia, a propósito de resolver si las medidas disciplinarias establecidas en un establecimiento penitenciario resultaban ajustadas a la Constitución, entre ellas las requisas invasivas, la Corte Constitucional hizo un breve recuento de su jurisprudencia acerca del concepto de dignidad sobre el que está basado el ordenamiento constitucional.

¹¹ Al respecto, puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-412 de 2009.

¹² Al respecto, puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-227 de 2003. Por ejemplo, en la ya citada sentencia T-687 de 2003 la Corte Constitucional consideró que, dada la especial circunstancia en que se encuentran las personas privadas de la libertad, su derecho a la salud es fundamental.



En este sentido, para la Fiscalía es claro que la privación legítima de la libertad impone sobre el ejercicio de los derechos fundamentales, limitaciones y restricciones y que conlleva incluso un cierto grado de padecimiento, ligado justamente con dichas limitaciones. No obstante, no hay una relación de identidad entre la pena y el sufrimiento, pues del hecho de ser penado no se deriva una autorización ilimitada para un sufrimiento admisible constitucionalmente, o para provocarlo sin justificación, pues esto es lo que significa justamente, que las medidas que afecten el goce efectivo de los derechos de las personas privadas legítimamente de la libertad deben ser *razonables y proporcionales*, pues no es el castigo y el sufrimiento el objetivo de la pena dentro del Estado Social y Democrático de Derecho¹³.

Lo anterior implica que la pena imponga sobre el contacto con la familia y los seres queridos en general limitaciones importantes que se derivan esencialmente de la privación de la libertad. Esta singular situación impone sobre el Estado el deber de considerar cuidadosamente que las limitaciones sobre derechos como la unidad familiar se inscriban sobre los fines constitucionales de la pena y que no la excedan en sus propósitos, de modo que la persona sometida a ella tenga las mayores posibilidades de recobrar su vida una vez haya cumplido su castigo. Así lo ha reconocido la propia Corte Constitucional al evaluar concretamente las restricciones impuestas por las autoridades penitenciarias y carcelarias, para las visitas a las personas en uno de estos centros. Dijo recientemente la Corte Constitucional en la sentencia T-265 de 2001, lo siguiente:

“El derecho a la unidad familiar es parte de las garantías que son limitadas cuando una persona es privada de la libertad, pues por la misma restricción a tal derecho se reduce la posibilidad del interno de compartir con su núcleo familiar.¹⁴ Sin embargo, esta limitación debe evitar los sufrimientos innecesarios y los daños irreparables a los internos y a sus familias,¹⁵ pues no solamente excede las finalidades de

¹³ Sentencia T-412 de 2009. En esta sentencia la Corte concluyó lo siguiente: “[...] la jurisprudencia constitucional ha reconocido el deber constitucional de que las medidas que restrinjan los derechos de las personas privadas de la libertad sean evaluadas, y establece los criterios de razonabilidad y proporcionalidad como criterios para determinar su constitucionalidad”.

¹⁴ Cfr. Sentencia T-1096 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.”

¹⁵ Sentencia T-566 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.”



la pena, sino que también impide la posterior reintegración a la sociedad de la persona privada de la libertad.

[...]

En consecuencia, toda limitación de la unidad familiar del interno debe ser proporcional y razonable¹⁶ y estar acorde con los lineamientos del tratamiento penitenciario que tiendan a la reintegración de la persona privada de la libertad.¹⁷¹⁸

En conclusión, de la fórmula del Estado Social de Derecho y la relación especial de sujeción en que se encuentran las personas privadas de la libertad se derivan dos derechos fundamentales cuya garantía es condición de posibilidad de la legitimidad de la pena y del mantenimiento de la dignidad de estas personas, a saber, el derecho al tratamiento penitenciario —como condición de la resocialización— y el derecho a la unidad familiar y entre ambos derechos hay una relación de implicación en este contexto.

Así pues, cuando se establecen limitaciones injustificadas a cualquiera de estos derechos se afectan ambos y se dejan de cumplir los fines de la pena en el Estado Social de Derecho. Justamente, considera la Fiscalía que impedir el ingreso de niños, niñas y adolescentes sobre la base de una relación especial de consanguinidad o civil, es una forma de privar a las personas reclusas en centros carcelarios de la libertad de una parte de su dimensión moral y emocional que se relaciona con la expresión de los sentimientos hacia sus seres queridos.

Esta situación desconoce que las familias, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, no están basadas exclusivamente en vínculos de consanguinidad o civiles, y que separar a los niños con base en su origen familiar, en un contexto tan singular como el que se discute en este caso, es una forma de desigualdad que desconoce la Constitución. A continuación se expondrán las razones que justifican estas últimas afirmaciones.

¹⁶ Sentencia T-596 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.”

¹⁷ Sentencia T-566 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.”

¹⁸ Sentencia T-265 de 2011.



B. El concepto de familia que se deriva de la Constitución de 1991 se basa en la noción de que el elemento esencial de esta institución social es el afecto entre sus integrantes y el reconocimiento y no solo los lazos de consanguinidad o de afinidad que existan entre quienes la componen

Para la Fiscalía General de la Nación, el concepto de familia que se deriva de la Constitución no es unívoco, pues atiende la circunstancia básica del pluralismo que el mismo texto de la Carta define como uno de sus principios fundamentales. En este sentido, no son los lazos de consanguinidad, afinidad o civiles, los que determinan la pertenencia o no a una familia. Esta, como la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional lo ha reconocido, se basa en una comunidad de sentimientos que procura el bienestar colectivo sobre la base del afecto que se expresa entre sus miembros en el nivel del reconocimiento más próximo, como expresión del amor filial¹⁹.

En efecto, así lo reconoció la Corte al momento de analizar el concepto de familia que se deriva de la Constitución, en la Sentencia C-577 de 2011. En esta sentencia la Corte dijo:

“A modo de conclusión conviene reiterar 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’²⁰.

¹⁹ Honneth Axel, *Crítica del agravio moral. Patologías de la Sociedad contemporánea*, (Trad. Peter Storandt Diller), FCE, Buenos Aires, 2009.

²⁰ Cfr. Sentencia T-049 de 1999.



Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que ‘el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo’, porque ‘en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial’²¹’.

Si la familia no está determinada de manera necesaria por una clase especial de vínculos, sino que “se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes”²², entonces las relaciones de afecto como expresión de una de las dimensiones del patrimonio de lo propiamente humano, es una circunstancia que genera situaciones que la Corte ha reconocido como amparadas por la Constitución. En efecto, así lo ha dicho la Corte:

“Para la Sala de Revisión 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 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.

[...]

²¹ Cfr. Sentencia T-572 de 2009.

²² Sentencia C-577 de 2011.



Igualmente, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha reconocido derechos a los distintos integrantes del núcleo familiar, sin que exista entre ellos un vínculo de consanguinidad o jurídico, sino una relación familiar de hecho (de crianza). [...]

En este orden, a juicio de la Sala de Revisión, 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,²³ relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley²⁴.

Así pues, la idea polisémica de familia amparada por la Constitución, no exige, de acuerdo con su configuración moderna, la unión de padres a través de arreglos formales -como el contrato de matrimonio-, o la heterosexualidad de estos, y tampoco la descendencia biológica, como condición de posibilidad de su surgimiento, relevancia y amparo jurídico. Se trata entonces del espacio social fundamental de reconocimiento intersubjetivo de sus miembros sobre la base del amor y el cuidado recíproco y, en este sentido, el primer espacio de socialización de los niños²⁵. Y es justamente por esto -entre otras razones-, por lo que la Constitución le da el estatus de núcleo fundamental de la sociedad.

Ahora bien, si como se ha sostenido aquí a propósito de la jurisprudencia de la Corte, la genealogía de la familia se encuentra en el reconocimiento

²³ Esta concepción de la familia sin apego a los pluricitados vínculos naturales o jurídicos no es extraña al desarrollo de la humanidad, pues, de hecho, en el derecho romano el concepto de familia no se vinculaba exclusivamente al contexto de la unión matrimonial y sus descendientes, sino que incorporaba como eje fundamental el sometimiento a la autoridad parental. "Es también familia -*communi iure dicta* llamada derecho comunitario- el complejo de personas libres que se hubieran encontrado sometidas al poder de un mismo pater familias". Manual de Derecho Romano, Alfredo Di Pietro, Angel Enrique Lapieza Elli, pág. 345.

²⁴ Sentencia C-606 de 2013.

²⁵ Honneth Axel, El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática. Katz Ed., 2014, Buenos Aires, Argentina, pp., 204 y ss.



intersubjetivo sobre la base del afecto recíproco entre sus miembros, es comprensible por qué la discriminación en razón del origen familiar está prohibida y por qué, en consecuencia, limitar el ejercicio de derechos fundamentales sobre la base de una forma precisa de pertenencia a un grupo familiar es una contradicción en los términos. Esto es así, porque, como se mostró, del hecho concreto del amor hacia un niño, han surgido nuevas formas de relacionamiento –de reconocimiento intersubjetivo– que se expresan en dos categorías jurídicas jurisprudenciales amparadas por la Constitución, a saber, *los hijos de crianza* y *la familia de crianza*.

En este sentido, a propósito de una norma que reproducía el artículo 33 de la Constitución, y que creaba una diferenciación entre los hijos biológicos y los adoptivos, respecto del deber de declarar, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-1287 de 2001, dijo lo siguiente:

“Aceptada como *principio* y como *valor*, la igualdad no sólo exige que las leyes sean aplicadas a todos los casos que caen bajo sus supuestos de hecho, (igualdad ante la ley en sentido estricto), sino que implica también que la igualdad debe estar presente en la formulación del derecho²⁶. Esto hace que, dirigida al legislador, la igualdad le imponga no establecer diferenciaciones arbitrarias. Estas son aquellas en las cuales no existe una razón de rango constitucional para establecer la diferencia de trato. El mismo artículo 13 superior enuncia algunos de los criterios de diferenciación que pueden considerarse arbitrarios, cuando dice que todas las personas “*gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica,*” enumeración de motivos discriminatorios fundados en cualidades humanas inmutables como el sexo o la raza, o en otras razones históricas de discriminación, como la religión o la particular postura política o religiosa.

26 Cfr. Alexi, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.



9. Ahora bien, dentro de las distinciones arbitrarias, el origen familiar como criterio para establecer un trato desigual, está expresamente prohibido por la Constitución.

[...]

La hermenéutica de la anterior disposición [el artículo 42 de la Constitución] lleva a concluir que el constituyente quiso expresamente otorgar reconocimiento jurídico a la familia que proviene de la adopción, y ubicarla en un pie de igualdad respecto de la familia que se constituye a partir del matrimonio o de la unión libre entre compañeros permanentes, por lo cual rechazó las diferencias de trato fundadas en el origen familiar”.

Los argumentos expuestos, llevan a concluir que la norma acusada establece un trato diferente respecto de los niños y niñas, con base en el grado de parentesco que estos tienen con las personas privadas de la libertad (origen familiar). Por esta razón, es necesario establecer si este trato se encuentra justificado constitucionalmente o si, por el contrario, constituye un trato discriminatorio.

C. A pesar de que la norma objeto de cuestionamiento persigue el fin legítimo de preservar la seguridad de los menores, implica un sacrificio desproporcionado del derecho a la igualdad de los niños, así como del derecho a la unidad familiar tanto de la población infantil como de la población carcelaria, y el derecho a la dignidad humana de estos últimos

Como hasta el momento se indicó, la regulación de las visitas de los niños y niñas a sus familiares reclusos en centros carcelarios o penitenciarios establecida en el artículo 112A de la Ley 65 de 1993 constituye una limitación a los derechos de estas personas, especialmente al derecho a la unidad familiar. Así mismo, esa medida es contraria al concepto constitucional de familia y a la prohibición de discriminación por razones del origen familiar de las personas.



No sobra decir que la regulación por parte del Legislador al régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes a las personas privadas de la libertad no es caprichosa. Con esta medida el Legislador buscó resguardar la integridad de la población infantil, comoquiera que los centros de reclusión pueden representar un riesgo para su integridad, más aun si se tiene en cuenta la grave situación carcelaria que afronta el país –que comprende problemas de violencia, condiciones inadecuadas de salubridad y hacinamiento- y que ha sido reconocida por la propia Corte Constitucional²⁷.

No puede dejarse de lado que el artículo 44 de la Constitución Política²⁸ sostiene que los derechos de los niños y las niñas prevalecen sobre los derechos de los demás. En este sentido, debe reconocerse que la visita de los menores a los centros carcelarios los expone a la posibilidad de sufrir algún daño en sus derechos o su integridad. Por lo tanto, limitar la visita de los niños o niñas a centros carcelarios o penitenciarios en aquellos casos en que no reviste gran importancia para el menor y la persona que se encuentra privada de la libertad, tiene el objetivo constitucionalmente legítimo de evitar la exposición del mayor número de menores de edad a los mencionados riesgos.

²⁷ La Corte Constitucional profirió la Sentencia T-153 de 1998, en la cual declaró la existencia de un Estado de Cosas Inconstitucional. En su momento, la Corte consideró lo siguiente: “Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc. Durante muchos años, la sociedad y el Estado se han cruzado de brazos frente a esta situación, observando con indiferencia la tragedia diaria de las cárceles, a pesar de que ella representaba día a día la transgresión de la Constitución y de las leyes. Las circunstancias en las que transcurre la vida en las cárceles exigen una pronta solución. En realidad, el problema carcelario representa no sólo un delicado asunto de orden público, como se percibe actualmente, sino una situación de extrema gravedad social que no puede dejarse desatendida. Pero el remedio de los males que azotan al sistema penitenciario no está únicamente en las manos del INPEC o del Ministerio de Justicia. Por eso, la Corte tiene que pasar a requerir a distintas ramas y órganos del Poder Público para que tomen las medidas adecuadas en dirección a la solución de este problema”. Es importante resaltar que en la Sentencia T-861 de 2013, la Corte aclaró que el estado de cosas inconstitucional frente a la situación carcelaria no ha sido superado.

²⁸ El artículo 44 de la Constitución dice textualmente lo siguiente: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. || Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. || La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de sus infractores. || Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.” (Subrayado fuera del texto).



Sobre este punto, en una sentencia reciente²⁹, la Corte Constitucional consideró que el interés superior de los niños implica que las decisiones que tienen la posibilidad de afectar sus derechos se tomen teniendo en cuenta la especial protección de la que son titulares. Al respecto, la Corte señaló:

“El interés superior del niño, [debe ser] entendido como un derecho sustantivo, un principio interpretativo y una garantía procesal. En efecto, los niños tienen derecho a que las medidas o decisiones que tengan un impacto en ellos, al menos de manera potencial, tanto en el ámbito público como en el privado, sean adoptadas e implementadas en función de la consideración especial a sus derechos e intereses. Para esta evaluación debe tenerse en cuenta, por un lado, que el interés del menor no responde a una determinación subjetiva y unilateral de sus cuidadores, de la familia, de la sociedad o el Estado sobre lo que le conviene al niño considerado individual o colectivamente, sino a pautas objetivas relacionadas con la necesidad de garantizar el goce efectivo de sus derechos, y con la de tener en cuenta sus propias prioridades e intereses vitales; y por otro lado, este examen es contextual, en la medida en que debe ser efectuado a partir de las circunstancias relevantes de cada caso, como las condiciones del menor involucrado y del contexto familiar, social, económico y cultural en el que se desenvuelve”³⁰.

Por lo anterior, la medida de limitar la visita de los niños y niñas a sus familiares reclusos en centros carcelarios o penitenciarios a partir del criterio del grado de parentesco plantea un conflicto entre principios y derechos

29 Sentencia C-848 de 2014. En esta sentencia la Corte se pronunció sobre el interés superior del menor y la garantía de no autoincriminación cuando el hecho delictivo es cometido por uno de los adultos responsables. En concreto, en este caso se analizó aquellos casos en que uno de los miembros de la pareja tiene conocimiento de la comisión de un ilícito contra un menor de edad por parte del otro miembro. En estos casos la Corte consideró que la obligación de denunciar este hecho punible no puede eludirse bajo la excusa de que la denuncia del hecho penal era una facultad y no una obligación por tener una relación dentro del primer grado de lo civil con el que comete el hecho punible.

30 Sentencia C-848 de 2014 cuya parte resolutoria establece: “Declarar la exequibilidad del artículo 68 de la Ley 906 de 2004 y del artículo 28 de la Ley 600 de 2000, en el entendido de que la exoneración allí prevista con respecto al cónyuge, compañero permanente y parientes en el cuarto grado de consanguinidad y civil, o segundo de afinidad, no comprende las hipótesis en las que el sujeto pasivo del delito es un menor de edad, y se afecta la vida, integridad personal, libertad física o libertad y formación sexual del niño, en los términos previstos en la parte motiva de esta sentencia.” (Subrayado fuera del texto).



constitucionales. Por una parte, se encuentra la dignidad, el derecho a la unidad familiar y la prohibición de establecer tratos discriminatorios con fundamento en el origen familiar tanto de las personas privadas de la libertad como de los propios menores que estarían excluidos de la posibilidad de visitar a sus parientes en un grado distinto al estipulado por el supuesto de la norma demandada, y por la otra, los derechos fundamentales de los niños y las niñas a la integridad y a la seguridad.

Para resolver este conflicto, debe empezar por señalarse que en este caso debe aplicarse un juicio estricto de proporcionalidad, porque se trata de una medida que constituye un trato diferenciado a personas que se encuentran en situaciones similares, con base en un criterio prohibido por la Constitución como lo es el origen familiar.

Para empezar es importante señalar que la protección de los derechos de los niños y las niñas constituye una finalidad constitucionalmente importante, como se demuestra con la premisa constitucional según la cual "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"³¹. Así mismo, la medida de restringir la visita de los niños y las niñas a los centros de reclusión puede considerarse adecuada para evitar la vulneración de sus derechos al menos por dos razones. En primer lugar, porque disminuir al mínimo el número de niños y niñas que pueden ingresar a los centros de reclusión reduce la población expuesta a los riesgos. En segundo lugar, porque la disminución de la población expuesta a riesgos facilita la función de las autoridades carcelarias y penitenciarias de proteger los derechos de los niños.

Sin embargo, la Fiscalía General de la Nación considera que la medida adoptada no es necesaria. En efecto, el Estado colombiano, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, está en el deber de adoptar medidas para garantizar la protección de los derechos de la población carcelaria con unas mejores condiciones generales dentro de los centros penitenciarios, lo cual redundaría en una mayor y más efectiva garantía de seguridad para las niñas y los niños que ingresan a estos, sin afectar de una

³¹ Constitución Política, artículo 44.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

forma tan intensa los derechos de las personas privadas de la libertad y el derecho a la igualdad y a la unidad familiar de los menores.

Finalmente, la Fiscalía General de la Nación considera que la medida objeto de estudio tampoco supera un examen de proporcionalidad en sentido estricto, por cuanto, si bien la misma busca proteger los derechos de la población infantil, implica un sacrificio intenso en los derechos de las personas privadas de la libertad y de los niños que no se encuentran en el supuesto fáctico estipulado por la norma, en tanto elimina de tajo la posibilidad de que estos mantengan el contacto con sus padres de crianza para lograr un desarrollo integral y, aunque de manera restringida, ejerzan su derecho a la unidad familiar.

Con fundamento en los argumentos expuestos, debe concluirse que la restricción a las visitas de los niños y niñas a las personas privadas de la libertad con base en el grado de consanguinidad o parentesco civil es inconstitucional, porque constituye una medida innecesaria y desproporcionada en sentido estricto.

IV. CONCLUSIÓN

A partir de lo anterior, es posible concluir que la norma acusada desconoce, por razones injustificadas, esto es, la determinación específica de un grado de parentesco, los derechos fundamentales a la igualdad de los niños y niñas, el derecho a la unidad familiar tanto de esta población infantil, como de la población carcelaria, al igual que la dignidad de las personas que se encuentran en esta relación especial de sujeción frente al Estado.

Despojar a una persona privada de la libertad de la posibilidad de relacionarse con sus seres queridos en el marco de las restricciones a las que la somete su situación, sobre la base de vínculos que exceden la simple condición del afecto que surge con frecuencia entre los seres humanos, es condenarlo a una vida de soledad que agrava de manera desproporcionada su sufrimiento y que desconoce principios fundamentales de la Carta, que dan a la expresión de la



compasión y del altruismo un lugar fundamental en el ordenamiento constitucional.

V. SOLICITUD

Con base en las consideraciones expresadas, la Fiscalía General de la Nación solicita a la Corte Constitucional, de manera respetuosa, que declare la inexequibilidad de la expresión “en el primer grado de consanguinidad o primero civil” del artículo 112 A de la Ley 65 de 1993.

De manera subsidiaria, solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada, en el entendido de que el derecho de las personas privadas de la libertad a recibir visitas por parte de niños, niñas y adolescentes no podrá ser limitado a aquellos con quienes se tenga un vínculo de consanguinidad o civil en primer grado, sino que se determinará con base en consideraciones de pertenencia al grupo familiar, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte.

Cordialmente,

ANDREA LILIANA NÚÑEZ URIBE

Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales (E)
Fiscalía General de la Nación