

FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

Bogotá D.C., 18 de mayo de 2016.

Magistrado
ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Corte Constitucional
E. S. D.

Referencia: Expediente D-11314. Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 88 (parcial) de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 153 de la Ley 65 de 1993.

Honorable Magistrado:

CATERINA HEYCK PUYANA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.009.630 de Bogotá, obrando en calidad de Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 9 del Decreto 016 de 2014¹, de forma respetuosa me permito intervenir en el presente proceso con el fin de solicitar a esa Corporación que **DECLARE INEXEQUIBLE** la expresión “de consanguinidad” contenida en el parágrafo 1 del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 153 de la Ley 65 de 1993.

En caso que la Corte no acepte esta solicitud, como petición subsidiaria me permito solicitar al Tribunal que declare la exequibilidad condicionada de esa expresión, 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 lazos² de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia, que no necesariamente depende de la consanguinidad ni de la afinidad.

¹ La norma en cita dispone: “ARTÍCULO 9. DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTRATEGIA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES. 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”.

² Corte Constitucional. Sentencia C-026 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



Para este fin la intervención está dividida en tres partes. En la primera parte se señala la norma demandada, en la segunda parte se recogen los argumentos de la demanda y se establece el problema jurídico y finalmente en la tercera parte la Fiscalía presenta los argumentos que soportan la solicitud.

1. Norma demandada.

Se demanda un aparte del párrafo primero del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, que establece lo siguiente (se subrayan las expresiones demandadas):

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

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

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios destinará dentro de los establecimientos de reclusión, secciones especiales, para las madres con sus hijos que garanticen una adecuada interacción entre estos; igualmente construirá y dotará, en coordinación con el ICBF, los centros de atención para los niños y niñas cuando estos no se encuentren con sus madres. Sin perjuicio de lo anterior, los centros de atención deberán ser adecuados para los niños y niñas que se encuentren en condición de discapacidad,



teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 5° numerales 2, 8 y 10 y el artículo 14 de la Ley 1618 de 2013.

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

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

2. Argumentos de la demanda y problema jurídico.

Para el accionante, la norma demandada vulnera los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución. Afirma que se viola el artículo 13, porque al tratarse de niñas o niños que se desarrollan en circunstancias particulares hasta los tres años y en consecuencia requieren especial cuidado, es necesario considerar de manera especial los vínculos afectivos y familiares de crianza, con el propósito de satisfacer el interés superior que les asiste. Por tanto, establecer una única forma de amparar los derechos de las niñas y niños que deben abandonar los establecimientos carcelarios, restringe la valoración singular y específica necesaria para proteger sus derechos. En este sentido, para el demandante la forma de realizar el derecho a la igualdad de estos niños y niñas no consiste en la consagración de una forma universal de tratamiento –como lo hace la norma acusada– sino por el contrario, en establecer cuál es la mejor forma de garantizar sus derechos y realizar el interés superior que los acompaña a partir de sus condiciones particulares, lo que supone necesariamente ampliar el círculo de personas que pueden asumir la custodia de cada niño o niña.

Según el demandante, la norma viola también el artículo 42 constitucional, porque desconoce las múltiples formas de conformar una familia reconocidas de acuerdo con la Carta y la jurisprudencia de la Corte. En efecto, señala que el Tribunal Constitucional ha sido consistente en reiterar las distintas formas válidas que existen para conformar una familia y los distintos tipos de ésta,



todos con el mismo valor para la Constitución y con el mismo nivel de protección.

Así mismo, el demandante afirma que la expresión acusada contraviene el artículo 44 de la Constitución, porque restringir las posibilidades de custodia a los familiares que tengan vínculos de consanguinidad con el niño o niña, desconociendo que él o ella pueden tener vínculos de cercanía, familiaridad y afecto con personas con las que comparten vínculos por fuera del regulado. Ello desconoce no solo las distintas formas de conformación de la familia sino además pone a la niña o niño en una potencial situación de abandono cuando no existan parientes de consanguinidad, lo que a su vez implica una violación del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. En este sentido, afirma el demandante que debe permitirse a las niñas y niños estar al cuidado de familiares con los cuales compartan vínculos de familiaridad que se expresen en lazos de crianza y afecto, sin que estén restringidos a los familiares con los que tengan lazos de consanguinidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, para la Fiscalía en este caso se presenta el siguiente problema jurídico: ¿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 derechos de los niños y niñas -contenidos en los artículos 13, 42 y 44 de la Constitución- exigir como condición para otorgar la custodia de las niñas y niños que no pueden permanecer en los establecimientos carcelarios, la acreditación de vínculos de consanguinidad? La respuesta a este problema jurídico amerita tener en cuenta que (i) los niños no pueden ser discriminados en el ejercicio de sus derechos en razón de su origen familiar, (ii) que por tanto, tienen derecho a la familia en un sentido amplio y a no ser separados de ella y que, en todo caso (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.

3. Fundamentos de la solicitud dirigida a la Corte Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de la expresión demandada.

Para la Fiscalía la exigencia prevista en la norma demandada sí constituye una vulneración de los derechos fundamentales mencionados. Con el fin de exponer los argumentos que sustentan dicha posición, se presentan tres clases de consideraciones. En primer lugar se sostendrá que, en este caso sí se



desprende de la demanda un cargo de constitucionalidad que debe ser atendido y resuelto por la Corte.

En segundo lugar, 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.

Finalmente, por las razones expuestas, se concluirá que la expresión acusada debe ser declarada inconstitucional, o constitucional condicionadamente, más aún si se tiene en cuenta que los niños no pueden ser discriminados en razón de su origen familiar, por lo que se ha reconocido un *estatus familiar de facto* que la jurisprudencia de la Corte ha amparado como medida de protección de sus derechos fundamentales.

3.1. El carácter público y democrático de la acción de inconstitucionalidad justifican la aplicación del principio *pro actione* y por tanto, la decisión de fondo de la presente demanda.

En la demanda es suficientemente clara la disposición atacada por el accionante y las razones que sustentan la violación. Como se aprecia, se trata de un aparte específico de una norma legal, respecto del cual se referencian normas de la Constitución e indirectamente del bloque de constitucionalidad que, en concepto del demandante, resultan vulneradas.

Además, la demanda cumple con un grado suficiente de claridad, certeza, pertinencia y suficiencia de los cargos. El texto de la acción desarrolla de forma coherente la hipótesis que pretende defender, esto es, la existencia de una vulneración de principios fundamentales de la Constitución por una norma que aplica una distinción injustificada en un escenario específico. Las razones expuestas por el demandante confrontan un contenido expreso en el texto legal acusado con normas concretas de la Constitución, por lo que no se trata de una presunción sobre un contenido normativo.

Ahora, la simple exposición de las razones iniciales del juicio de constitucionalidad planteado por el demandante, esto es, la posibilidad de que



el aparte del artículo acusado implique vulnerar el derecho a la igualdad de los niños y su derecho a la familia y a no ser separado de ella, permiten considerar que surge una duda suficiente para analizar de fondo este texto legal. En suma, el carácter democrático de la acción de inconstitucionalidad y su conexión con la idea de ciudadanía que promueve la Constitución le ha permitido a la Corte –como se mencionó arriba- una aplicación flexible del principio *pro actione*, con el fin de admitir y estudiar demandas que – inicialmente- puede juzgarse, no cumplen con los requisitos para ser estudiadas de fondo por este tribunal. En la sentencia C-332 de 2003, la Corte, pese a haberse declarado inhibida por razones específicas relacionadas con el caso concreto, señaló lo siguiente:

“La Corte Constitucional, dando aplicación al principio *pro actione*, y con el fin de hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el formal y garantizar los derechos a acceder a la justicia y a la participación democrática, así como el carácter ciudadano de la acción de inconstitucionalidad, ha subsanado distintos tipos de defectos de las demandas que, en principio, hubieran llevado a un fallo inhibitorio y que detectados en la etapa de admisión de la misma hubieran dado lugar a su inadmisión o a su rechazo. Entre otras deficiencias subsanadas, la Corte ha aplicado el principio *pro actione*, por ejemplo, para: (i) interpretar cargos confusos; (ii) aceptar cargos no suficientemente fundamentados; (iii) identificar la norma realmente cuestionada; (iv) identificar la norma constitucional supuestamente vulnerada; (v) integrar una proposición jurídica completa cuando el cargo del actor ya cobija la norma por él no formalmente acusada; y (vi) subsanar requisitos formales menores”³.

Con el propósito de hacer más razonable el debate constitucional planteado y permitir que los efectos de una eventual declaratoria de inexequibilidad aseguren la coherencia de la norma acusada y la lógica de la expresión lingüística que la contiene, y que además, por otra parte, mantenga el fondo de la pretensión formulada por los cargos expuestos en la demanda, la Fiscalía General de la Nación considera que el aparte normativo que debe ser declarado inconstitucional es parcialmente distinto del señalado por el accionante. El cambio propuesto por la Fiscalía es el siguiente:

³ Corte Constitucional. Sentencia C-332 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En un sentido similar, la Sentencia C-476 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).



APARTE ACUSADO POR EL DEMANDANTE	PROPUESTA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
<p style="text-align: center;">Ley 65 de 1993 Modificada por la Ley 1709 de 2014</p> <p>Artículo 88. Modifícase el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:</p> <p>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. (...)</p> <p>Parágrafo 1°. En los eventos en los que se determine que un niño o niña no puede permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, el juez competente podrá conceder la custodia del niño o niña al padre o familiar <u>que acredite vínculo de consanguinidad.</u> (Negritas y subrayado fuera del texto original).</p> <p>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.</p>	<p style="text-align: center;">Ley 65 de 1993 Modificada por la Ley 1709 de 2014</p> <p>Artículo 88. Modifícase el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:</p> <p>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. (...)</p> <p>Parágrafo 1°. En los eventos en los que se determine que un niño o niña no puede permanecer en el establecimiento carcelario, o cuando este sea mayor de tres (3) años, el juez competente podrá conceder la custodia del niño o niña al padre o familiar <u>que acredite vínculo de consanguinidad.</u> (Negritas y subrayado fuera del texto original).</p> <p>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.</p>



Esta solicitud de la Fiscalía, además de cumplir con los objetivos mencionados, supone una faceta del principio *pro actione* que la propia Corte ha considerado cuando lo que se demanda no es un enunciado normativo completo sino solo un aparte. Recientemente afirmó:

“Ahora bien, cuando se cuestiona solo una parte de un artículo, inciso o párrafo, la Corte ha indicado que la demanda es parcial y el demandante ha de tener especial cuidado en la identificación del aparte o segmento tachado de inconstitucional, puesto que el texto objeto de acusación ha de tener sentido completo por sí mismo, es decir, con independencia del resto del artículo, inciso o párrafo en que aparece insertado, de tal forma que, ante una eventual inexecutable, lo que quede del texto del que hacía parte permanezca en el ordenamiento con la posibilidad de dar lugar a significados sin necesidad de lo expulsado.

Las fallas en el señalamiento de los textos demandados pueden producir la ineptitud de la demanda, pero en virtud del principio *pro actione* esa posibilidad es extrema, porque al juez constitucional le corresponde interpretar la demanda y tratar de hallar el sentido que el actor quiso darle, para lo cual es importante contrastar el texto que el demandante estima contrario a la Carta con la argumentación dirigida a sustentar la inconstitucionalidad, ejercicio del que puede resultar que la acusación involucra un aparte menor que el señalado en la demanda o ‘que, en realidad, el cargo formulado compromete un texto más amplio que el segmento destacado como contrario a la Constitución’”⁴.

En conclusión, se considera que la demanda objeto de estudio cumple con los requisitos mínimos para ser analizada por la Corte y producir una decisión de fondo, teniendo en cuenta que la demanda plantea cargos concretos, pertinentes, ciertos y suficientes de constitucionalidad, además, porque dado el carácter de la acción pública de inconstitucionalidad, se justifica la aplicación del principio *pro actione*.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-018 de 2015. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



3.2. 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 reconocimiento y el afecto entre sus integrantes 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. Así pues, 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 filial⁵.

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 oportunidad estableció lo siguiente:

“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’.

Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que ‘el concepto de familia no puede ser entendido de manera

⁵ Honneth, Axel. Crítica del agravio moral. Patologías de la sociedad contemporánea (Trad. Peter Storandt Diller). FCE: Buenos Aires, 2009.



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'⁶.

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"⁷, entonces las relaciones de afecto como expresiones de una de las dimensiones del patrimonio de lo propiamente humano, son circunstancias que generan situaciones que la Corte ha reconocido como amparadas por la Constitución. 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.

[...]

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). [...]

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷ Ibid.



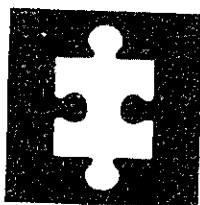
En este orden, a juicio de la Sala de Revisión, la evolución y dinámica de las relaciones humanas en la actualidad hace imperioso reconocer que existen núcleos y relaciones familiares en donde las personas no están unidas única y exclusivamente por vínculos jurídicos o naturales, sino por situaciones 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, relaciones familiares de crianza que también son destinatarias de las medidas de protección a la familia fijadas en la Constitución Política y la ley⁸.

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 éstos, como 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 niños⁹. 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 intersubjetivo sobre la base del afecto recíproco entre sus miembros, es comprensible que la discriminación en razón del origen familiar esté prohibida. 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*.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-606 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁹ Honneth, Axel. El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática. Katz Ed: Buenos Aires, 2014. Págs. 204 y ss.



FISCALÍA
GENERAL DE LA NACIÓN

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 frente al deber de declarar, la Corte Constitucional estableció lo siguiente en la sentencia C-1287 de 2001:

“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 derecho. 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.

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”¹⁰.

En conclusión, es evidente que la norma acusada desconoce por razones injustificadas -la determinación específica de un grado de parentesco- los derechos fundamentales a la igualdad de los niños y la prohibición de sometimiento a castigos crueles, inhumanos y degradantes.

Despojar a una niña o niño (cuyas circunstancias de nacimiento y primera crianza en un establecimiento penitenciario son tan dolorosas, específicas y complejas) de la posibilidad de continuar su proceso de desarrollo rodeado de las mejores oportunidades de reconocimiento con sus seres queridos, sobre la base de vínculos que expresan la simple condición del afecto que surge con frecuencia entre los seres humanos, es condenarlo con una alta probabilidad, a una vida de soledad que agrava de manera desproporcionada e injustificada su sufrimiento, y que desconoce principios fundamentales de la Carta que dan a la expresión de la compasión, el altruismo, la solidaridad y del amor, un lugar fundamental en el ordenamiento constitucional.

3.3. Para la Fiscalía General de la Nación, el aparte señalado por esta entidad del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 153 de la Ley 65 de 1993, desconoce la relevancia constitucional de los vínculos de reconocimiento y afecto entre los seres humanos como presupuesto del surgimiento de la familia y por tanto debe ser declarada inconstitucional.

Con base en las consideraciones expresadas, la Fiscalía General de la Nación apoya la solicitud del demandante. No obstante, considera que –como se mencionó- el aparte normativo que debe ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte es el sugerido por esta entidad (“de consanguinidad”).

Esto porque, si bien no es constitucionalmente admisible que la posibilidad de asumir la custodia de una niña o niño se limite a aquellos familiares con quienes se tienen vínculos de consanguinidad, no es tampoco constitucional, ni lógico, ni razonable, que cualquier familiar pueda asumir la custodia.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1287 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



En efecto, si lo que se ampara constitucionalmente bajo la idea de familia es una comunidad de amor filial, cuidado, bienestar y reconocimiento recíproco y no solamente una circunstancia natural o jurídica, lo lógico y razonable es que la norma prescriba que quien puede asumir la custodia es una persona que compruebe que comparte con la niña o niño un vínculo que expresa estos valores constitucionales anotados y no simplemente una relación o parentesco de tipo natural o jurídico, pues así como se amparan los lazos de afecto entre las personas como origen de la institución familiar, ocurre también con frecuencia que entre familiares en sentido natural o jurídico se relajan los vínculos al punto que entre las personas no existe ningún tipo de relación y consiguientemente ningún lazo que los una.

Por lo anterior, apunta mejor a la intención de proteger los derechos de los niños y niñas cuyas madres están privadas legítimamente de la libertad, que se permita que el juez conceda la custodia, respetando el debido proceso y valorando adecuadamente las pruebas disponibles, a “familiares que logren probar la existencia de un vínculo estrecho de familiaridad, surgido a partir de la existencia de lazos de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia”¹¹, y no de cualquier familiar independientemente del lazo de parentesco que los una con el niño o niña.

En este sentido, la Fiscalía General de la Nación solicita respetuosamente a la Corte Constitucional que declare inexecutable la expresión “*de consanguinidad*” contenida en el parágrafo 1º del artículo 88 de la Ley 1709 de 2014, que modificó el artículo 153 de la Ley 65 de 1993. En subsidio, solicita que declare la constitucional 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 lazos¹² de convivencia, afecto, respeto, solidaridad, protección y asistencia, que no necesariamente depende de la consanguinidad ni de la afinidad.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-026 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹² Ibid.



En los anteriores términos, se dejan planteadas las razones que sustentan la respetuosa solicitud de la Fiscalía General de la Nación.

Cordialmente,

CATERINA HEYCK PUYANA
Directora Nacional de Estrategia en Asuntos Constitucionales