

Sentencia No. C-041/94

DOMICILIO-Definición constitucional

La definición constitucional de domicilio excede la noción civilística y comprende, además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia.

DOMICILIO-Registro

*La regulación **legal** de los casos y los motivos que pueden justificar un mandamiento judicial de registro domiciliario, al igual que el procedimiento y las **formalidades**, que deben observarse, responden al diseño central de la garantía que asegura la vigencia de este derecho. En primer término, la persona no queda sujeta a la reducción de su derecho como consecuencia de la actividad reguladora o coordinadora de la administración, ni siquiera de la encargada de la función policiva. En segundo término, la generalidad de la ley previene un tratamiento inequitativo y desigual entre las distintas esferas de autonomía y libertad de los sujetos. En tercer lugar, el procedimiento de adopción de la ley, reviste de legitimidad democrática sus limitaciones y desarrollos.*

CONVENIO INTERNACIONAL-Valor interpretativo

El valor interpretativo de los convenios internacionales vigentes es realizado por la misma Constitución que ordena interpretar los derechos y deberes consagrados en ella de conformidad con los mismos. Pero, cabe anotar, que además de su función hermeneútica, las estipulaciones de los tratados y convenios suscritos por el país, como cabalmente ocurre en esta materia de los derechos del niño, tienen efecto normativo directo una vez han sido incorporados al derecho interno.

PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO/PROTECCION DEL NIÑO

*Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores. La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla **pro infans**. Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualdad que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia.*

DOMICILIO-Inviolabilidad/DOMICILIO-Seguridad

*El derecho a la inviolabilidad del domicilio no puede oponerse al derecho del menor de tener un **domicilio seguro**. Es evidente que el domicilio tiene un valor instrumental respecto de bienes merecedores de tutela constitucional como lo son la intimidad y la autonomía personal. Dentro de ese espacio aislado de las intervenciones de terceros, se desenvuelve igualmente la existencia de los menores y allí han de encontrar abrigo y protección. Si el aislamiento, faceta constitutiva del domicilio, por la acción o la omisión de quienes deberían cuidar del menor, o por cualquier otra causa, se erige en factor negativo para éste toda vez que gracias a él no puede ser liberado de un peligro que se cierne sobre su vida e integridad física, el **instrumento de protección** se convierte en **medio ominoso de aniquilamiento** y deja, por lo tanto, de servir a su fin.*

DERECHO A LA VIDA-Menor de edad/DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL-Menor de edad

El Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño - con mayor razón al que se encuentra en peligro de perder su vida y ver menoscabada su integridad física - lo que puede hacer de oficio o a petición de cualquier persona. El deber de protección a cargo del Estado se cumple a través de los jueces y de las autoridades de familia. Estas últimas, en los términos de la ley, son "autoridad competente", para los efectos de rescatar a los menores que se encuentren en situación de grave peligro. Luego, las mismas, de oficio o a petición de cualquier persona, deben hacer realidad el deber de protección a cargo del Estado.

SANCION CONVERTIBLE EN ARRESTO-Naturaleza/DEFENSOR DE FAMILIA-Facultades policivas/DEFENSOR DE FAMILIA-Facultades sancionatorias

La Constitución prohíbe el arresto por deudas. La sanción pecuniaria que se convierte en arresto no tiene el carácter de deuda. La fuente de la sanción pecuniaria, convertible en arresto, se vincula al poder punitivo y correctivo del Estado, que persigue no el enriquecimiento del erario sino el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y la preservación de intereses superiores que se consideran merecedores de tutela. La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido. Coincide esta Corte con el criterio expuesto por el Procurador, en el sentido de sustentar temporalmente la facultad de las autoridades de policía - como lo son los defensores y comisarios de familia - para imponer penas de arresto en la disposición del artículo transitorio 28 de la Constitución.

LIBERTAD DE ASOCIACION/ASOCIACION DE PADRES DE FAMILIA

A la libre constitución de la asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto -, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de esta libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas. Estas asociaciones son vitales para canalizar la obligatoria participación de la sociedad y de los padres en el proceso educativo y formativo de los menores, lo que hace que su finalidad y objetivos particulares sean desde todo punto de vista loables y necesarios.

AUTONOMIA DE PADRES/AUTONOMIA DE EDUCANDOS

Asegurada la autonomía de padres y educandos, en la esfera de los derechos y deberes intransmisibles, resta analizar si la norma acusada quebranta la libertad de asociación positiva o negativa. Si bien la causa mediata de la constitución de cada asociación de padres de familia es la ley, la inmediata se vincula a la libre voluntad de los padres que concurren a su formación. El pluralismo de asociaciones no es expresamente prohibido por la disposición y la interpretación que en ese sentido pretenda hacerse no tendría fundamento constitucional. En verdad, el propósito de la norma lejos de ser prohibitivo, como se advierte en la demanda, es el de generalizar estas asociaciones en todos los establecimientos educativos.

REF: Demanda N° D-365

Actor: Omar Alberto Franco Becerra

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 43 (parcial), 44, 45, 46, 47, 68 (parcial), 72 (parcial), 223 (parcial), 272 (parcial), 273, 299 (parcial), 312 (parcial), 315, 326, (parcial) y 331 (parcial) del Decreto 2737 de 1989 "por el cual se expide el Código del Menor"

**- Facultades policivas y sancionatorias de los defensores de familia
- Libertad de asociación**

Magistrado Ponente:

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., Febrero tres (03) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Aprobado por Acta N° 06

La Sala Plena de la Corte Constitucional integrada por su Presidente Hernando Herrera Vergara y por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell, Eduardo Cifuentes Muñoz, Carlos Gaviria Díaz, José Gregorio Hernández Galindo, Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso ordinario de constitucionalidad contra los artículos 43 (parcial), 44, 45, 46, 47, 68 (parcial), 72 (parcial), 223 (parcial), 273, 299 (parcial) y 331 (parcial) del Decreto 2737 de 1989 "por el cual se expide el Código del Menor".

I. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

El tenor literal de los artículos demandados es el siguiente:

**DECRETO NUMERO 2737 DE 1989
(noviembre 27)
por el cual se expide el Código del Menor.**

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la Ley 56 de 1988 y oída la Comisión Asesora a que ella se refiere,

DECRETA:

...

CAPITULO SEGUNDO

Competencia y procedimiento

...

Artículo 43. Cuando el Defensor de Familia establezca sumariamente que un menor se encuentra en situación de grave peligro, procederá a su rescate a efecto de prestarle la protección necesaria; y si las circunstancias así lo ameritan, ordenará, mediante auto, el allanamiento del sitio donde el

menor se hallare, para lo cual podrá solicitar el apoyo de la fuerza pública, la cual no podrá negarse a prestarlo.

Parágrafo. Para los efectos de este artículo se entiende por peligro grave, toda situación en la que se encuentre comprometida la vida o la integridad personal del menor.

Artículo 44. **Antes de proceder al allanamiento y registro del sitio donde se encuentra el menor, el Defensor de Familia deberá dar lectura del auto que ordena la diligencia, a quien se encuentre en el inmueble. Si los ocupantes al enterarse del contenido del auto, entregaren al menor sin resistencia o si se desvirtuaren los motivos que originaron la medida, el Defensor de Familia suspenderá la práctica del allanamiento.**

Artículo 45. **Si el Defensor de Familia no encontrare persona alguna en el inmueble para comunicarle el allanamiento, procederá a practicarlo.**

Artículo 46. **En la diligencia de allanamiento y registro prevista en los artículos anteriores, deben evitarse las inspecciones inútiles y el daño innecesario a las cosas; en ningún caso se podrá molestar a los habitantes del inmueble con acciones distintas a las estrictamente necesarias para cumplir su objetivo, cual es la protección inmediata del menor.**

Artículo 47. **Durante la diligencia de allanamiento y registro se levantará un acta en la que conste:**

- 1. Si se surtió la comunicación del auto que la ordenó.**
- 2. La identidad de las personas que ocupaban el inmueble.**
- 3. Las circunstancias en que se encontró el menor y los motivos que fueron aducidos para explicar dichas circunstancias.**
- 4. Los demás hechos que el Defensor considere relevantes.**
- 5. Las medidas provisionales de protección adoptadas.**

...

CAPITULO CUARTO

Ejecución de las medidas. Sección Primera

De la prevención o amonestación.

...

Artículo 68. El incumplimiento de las obligaciones impuestas en la diligencia de amonestación, acarreará a los infractores la sanción de multa equivalente al valor de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios legales, **convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada salario diario mínimo legal de multa.** Esta sanción será impuesta por el Defensor de Familia mediante resolución motivada.

...

Sección Segunda

De la custodia o cuidado personal.

...

Artículo 72. El incumplimiento de la orden de asignación provisional de la custodia o cuidado personal del menor, así como de las obligaciones contraídas en el acta de entrega, dará lugar a la imposición, por parte del Defensor de Familia, de las siguientes sanciones:

2. Arresto inmutable hasta de sesenta (60) días.

...

TITULO SEPTIMO

Del menor que presenta deficiencia física, sensorial o mental.

CAPITULO PRIMERO

Definición.

...

Artículo 223. La atención de los menores deficientes compete prioritariamente a la familia, y complementariamente y subsidiariamente al Estado, en los términos de este Código.

En este orden el menor tiene derecho a recibir la educación especializada, la capacitación laboral que corresponda y las demás actividades de rehabilitación requeridas.

La renuencia u oposición injustificada de los padres o guardadores a cumplir las obligaciones señaladas en el inciso anterior, será sancionada con multas de uno (1) a doscientos (200) salarios mínimos legales diarios, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada día de salario mínimo legal de multa, conforme a las normas del presente Código, sin perjuicio de la aplicación de las medidas de protección que sean necesarias.

TITULO DECIMO

Sanciones especiales que atenten contra los derechos y la integridad del menor

...

Artículo 272. El que causare maltrato a un menor, sin llegar a incurrir en el delito de lesiones personales, será sancionado con multa de uno (1) a cien (100) días de salario mínimo legal, convertible en arresto conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Código Penal, sin perjuicio de las medidas de protección que tome el Defensor de Familia.

Parágrafo. Para efectos del presente artículo un menor se considera maltratado cuando a sufrido violencia física o psíquica, o cuando se le obligue a cumplir actividades que impliquen riesgos para su salud física o

mental o para su condición moral o impidan su concurrencia a los establecimientos educativos.

Artículo 273. Será competente para conocer de esta contravención la Comisaría de Familia del lugar donde se cometió el hecho y en su defecto, el Alcalde o el Inspector de Policía.

...

PARTE SEGUNDA

Organismos de protección del menor y la familia

TITULO CUARTO

Comisariás de Familia.

...

Artículo 299. Son funciones de las comisariás de familia:

- 1. Recibir a prevención denuncias sobre hechos que puedan configurarse como delito o contravención, en los que aparezca involucrado un menor como ofendido o sindicado, tomar las medidas de emergencia correspondientes y darles el trámite respectivo de acuerdo con las disposiciones del presente Código y de los de Procedimiento Penal, Nacional, Departamental, Municipal o Distrital de Policía, y de las demás normas pertinentes, el primer día hábil siguiente al recibo de la denuncia.**
- 2. Aplicar las sanciones policivas de acuerdo con las facultades previstas en este Código y las que le otorgue el respectivo Concejo Municipal o Distrital.**
- 3. Efectuar las comisiones, peticiones, práctica de pruebas y demás actuaciones que le soliciten el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y los funcionarios encargados de la Jurisdicción de Familia, en todos los aspectos relacionados con la protección del menor y la familia que sean compatibles con las funciones asignadas.**
- 4. Practicar allanamientos para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un menor, cuando la urgencia del caso lo demande, de oficio o a solicitud del Juez o del Defensor de Familia, de acuerdo con el procedimiento señalado para el efecto por este Código.**
- 5. Recibir a prevención las quejas o informes sobre todos aquellos aspectos relacionados con conflictos familiares, atender las demandas relativas a la protección del menor, especialmente en los casos de maltrato y explotación, y atender los casos de violencia familiar, tomando las medidas de urgencia que sean necesarias, mientras se remiten a la autoridad competente.**
- 6. Las demás que le asigne el Concejo Municipal o Distrital y que sean compatibles con la naturaleza policiva de sus responsabilidades.**

...

PARTE TERCERA

Disposiciones especiales

...

TITULO SEGUNDO

De la educación.

...

Artículo 312. Los padres o quienes tengan al menor bajo su cuidado, tienen la obligación de vincularlo a los establecimientos educativos públicos o privados, con el objeto de que reciban la educación a que se refiere el artículo anterior.

La violación de esta disposición sin causa justificada, será sancionada con multa de uno (1) a sesenta (60) salarios diarios mínimos legales convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada día de salario. La sanción será impuesta a prevención por el Comisario de Familia, el Defensor de Familia, el Alcalde Municipal o su delegado, o el Inspector de Policía.

En caso de incumplimiento reiterado de esta obligación, la autoridad que conozca del hecho lo comunicará al Defensor de Familia con el objeto de que se tomen las medidas de protección pertinentes.

...

Artículo 315. Cada establecimiento de enseñanza tendrá una asociación de padres de familia del plantel, para facilitar la solución de los problemas individuales y colectivos de los menores y propiciar acciones tendientes al mejoramiento de su formación integral y a la participación en actividades que involucren a los asociados en el desarrollo responsable de la crianza, cuidado de los hijos, mejoramiento de su comunidad y del proceso educativo.

...

TITULO TERCERO

Prohibiciones y obligaciones especiales.

...

Artículo 326. No se podrá expulsar del hogar al hijo menor, ni impedir en forma injustificada su reintegro al mismo.

Quien incumpla lo establecido en el presente artículo, será sancionado con multa de uno (1) a cien (100) salarios mínimos diarios, convertibles en arresto a razón de un (1) día por cada día de salario de multa.

Cuando se tratare de menor en estado de gravidez o que presente deficiencia física, sensorial o mental, o se encuentre en tratamiento médico, la sanción a que se refiere el presente artículo no será inferior a treinta (30) salarios mínimos diarios legales convertibles en arresto en la proporción señalada en el presente artículo.

La sanción será impuesta a prevención por el Comisario de Familia, o el Defensor de Familia, según el caso, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

...

TITULO CUARTO

De las multas.

Artículo 331. Además de los casos consagrados en este Código, el Defensor de Familia podrá imponer multa de uno (1) a cien (100) días de salario mínimo legal, convertibles en arresto de un (1) día por cada día de salario, a las personas que citadas por éste, por segunda vez, se abstuvieren de comparecer sin causa justificada.

En caso de renuencia del particular, además de la posibilidad de imponer nuevas multas, podrá el Defensor de Familia solicitar la colaboración de la fuerza pública para obtener la comparecencia del citado o la ejecución de la decisión administrativa correspondiente.

(Se subrayan las partes demandadas)

II. ANTECEDENTES

1. El Decreto 2373 de 1989 fue expedido por el Presidente de la República con base en las facultades extraordinarias otorgadas mediante la Ley 56 de 1988. Como lo señala su artículo 1º, el Código tiene por objeto consagrar los derechos fundamentales del menor, determinar los principios que gobiernan las normas que lo protegen con el fin de evitar o corregir las situaciones irregulares en que pueda encontrarse y que el mismo Código define, señalar las medidas específicas de protección, la competencia y los procedimientos para el efecto, así como establecer y reestructurar los organismos destinados a ese propósito.

2. El ciudadano Omar Alberto Franco Becerra instauró acción de inconstitucionalidad contra las normas transcritas, por considerar que todas ellas - en los fragmentos acusados -, a excepción del artículo 315, vulneran el artículo 28 de la CP. Por su parte, el artículo 315, señala, contraviene el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 38 de la Carta.

3. Dentro del término de fijación en lista la Dra. Myriam Stella Ortiz Quintero, en su calidad de Secretaria General encargada de las funciones de Directora General del Instituto de Bienestar Familiar, presentó un escrito en defensa de la constitucionalidad de las normas objeto de censura.

4. El Dr. Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 7º del Decreto 2067 de 1991, presentó dentro del término de fijación en lista un escrito de coadyuvancia en relación con los artículos 43, 44, 45, 46, 47, 68, 72-2, 223-3, 272, 273, 299-4, 312-2, 315 y 326 acusados.

5. Por razones de metodología los cargos y defensas se agruparán a continuación alrededor de las diversas normas acusadas.

- Artículos 43 (parcial), 44, 45, 46, 47 y 299:

En opinión del demandante, los artículos en los apartes acusados vulneran el artículo 28 de la CP, puesto que **"el primero de ellos faculta a los defensores de familia para realizar allanamientos sin necesidad de orden previa emanada de autoridad judicial competente en los casos contemplados en el mismo"**, y los demás se limitan a desarrollar dicha hipótesis.

Señala que para la fecha de expedición del Código del Menor, la Constitución entonces vigente admitía el registro de domicilio en virtud de orden de autoridad competente. En consecuencia, las normas acusadas, al facultar a una autoridad administrativa para autorizar allanamientos, eran conformes a las prescripciones constitucionales, pues **"además de provenir de autoridad competente (defensor de familia), debía ser escrito y cumplir con las formalidades legales (las establecidas en los artículos 44, 45, 46 y 47) y por los mismos motivos que la norma contempla (que el menor se encuentre en situación de grave peligro)"**.

No obstante lo anterior, la Constitución de 1991, en su artículo 28 determinó que no sólo se requiere orden escrita de autoridad competente, sino que debe tratarse, en todo caso, de autoridad judicial y no administrativa. El actor señala que tanto los defensores como los comisarios de familia son autoridades administrativas, no judiciales, por lo que no pueden decretar allanamientos ni registros. Advierte que encuentra legítima la voluntad legislativa de pretender proteger a los menores, razón por la cual no demanda la integridad del artículo 43, pero sí la parte en la que se autoriza **"la actuación "per se" del defensor de familia al decretar y practicar el allanamiento y registro de inmuebles"**.

Considera que la finalidad pretendida por el legislador bien puede lograrse si el defensor de familia solicita a la autoridad judicial la orden pertinente encaminada a proteger al menor en peligro. El artículo 229-4 del Código, dado que concede las mismas facultades censuradas a los comisarios de familia, quienes igualmente forman parte de la rama ejecutiva, devendría inconstitucional por las mismas razones expuestas.

La representante del ICBF señala, en relación con este cargo, que si bien la Constitución de 1991 restringió la atribución de efectuar registros domiciliarios a la autoridad judicial, también estableció excepciones a esta regla, como en el caso de la captura en flagrancia, previsto en el artículo 32 de la Carta. En este orden de ideas, indica, si bien las limitaciones a los derechos y garantías constitucionales han de interpretarse restrictivamente, la previsión del artículo 32 permite inferir que la garantía dispuesta en el artículo 28 no tiene el carácter de absoluta. Afirma que la facultad establecida en el artículo 43 acusado no vulnera el artículo 28 de la CP, toda vez que la función atribuida al Defensor de Familia se limita únicamente al evento en que el menor se encuentre en grave

peligro, definida en el estatuto como "toda situación en la que se encuentre comprometida la vida o la integridad personal del menor". El Legislador, prosigue, otorga dicha facultad al Defensor, en atención a la urgencia que una situación como la descrita en la demanda, pues si le impusiera el cumplimiento de innumerables requisitos, la vida del menor podría hallarse en entredicho mientras éstos se cumplen a cabalidad.

A continuación presenta datos estadísticos sobre la violencia a la que están sometidos los niños en Colombia, de conformidad con estudios realizados por el Instituto de Medicina Legal:

"... en 1992 en todo el país se realizaron 2.599 necropsias por muerte violenta en menores de 14 años, de ellas 835 fueron menores de 4 años.

La causa de muerte en estos menores fue:

"Homicidio	222
"Accidental	243
"Recién nacido neonatal	370

"De otra parte, en sólo la ciudad de Santafé de Bogotá, se atendieron en 1992, por lesiones personales 2.450 menores de 14 años por los siguientes motivos:

"Violencia intrafamiliar	354
"Accidente de tránsito	544
"Proyector de arma de fuego	59
"Arma cortopunzante	23
"Arma contundente	1.180
"Otros	290"

Advierte que la norma acusada señala con precisión los casos en que procede la censurada intervención del Defensor de Familia, pues si bien el artículo 28 dispone la obligatoriedad de una orden judicial, en los casos extremos a los que se refiere la disposición se presenta **"un manifiesto antagonismo entre la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio y la vida y la integridad personal del menor"**. El artículo 43 es riguroso al señalar las situaciones que se deben verificar para la procedencia de la intervención del Defensor, de manera que no basta la situación de peligro en que se encuentre el menor, pues adicionalmente ésta debe ser grave, tiene que amenazar su vida e integridad personal, y deben ser tales las circunstancias que ameriten una intervención de carácter urgente **"sin las dilaciones que implicaría un trámite judicial"**.

A lo anterior se agrega, continúa la representante, que el Código fue expedido para consagrar positivamente el interés superior de los menores, fundamento ratificado por el artículo 44 de la CP que señala la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Esta norma permite a cualquier persona exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Señala que al referirse a autoridad competente alude a aquélla

encargada de la protección del menor, sin establecer diferenciaciones en razón de su naturaleza judicial o administrativa, y la autoriza para decidir las medidas orientadas a garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los menores y a la sanción de los infractores, dentro del marco impuesto por la Constitución y la ley. En opinión de la Secretaria General del ICBF, **"esta previsión constitucional parte de la base de que la protección del menor requiere de una infraestructura especializada y dinámica"**, que permita a las autoridades competentes, vgr. Defensores de Familia, adoptar las medidas urgentes y extraordinarias a que obliga la situación de los menores en el país.

Los supuestos fácticos de la norma, prosigue, determinan que ante el conflicto entre la inviolabilidad del domicilio y la grave amenaza a la vida e integridad del menor sea imperativa la prevalencia de esta última. Cita a continuación la sentencia 081 del 13 de junio de 1990 de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Jaime Sanín Greiffenstein, según la cual, por decisión legal, corresponde al Defensor de Familia la protección de los menores, en especial, ante eventos de la gravedad supuesta por la norma. Esta facultad, que califica de policiva y no judicial, posibilita y justifica el medio del allanamiento en caso de necesidad. Advierte que esta competencia también se atribuyó a los Comisarios de Familia con las mismas restricciones, dado que tienen la función de colaborar con el ICBF y demás autoridades encargadas de la protección del menor en situación irregular, facultad cuya constitucionalidad se apoya en los argumentos ya expuestos.

El Defensor del Pueblo, Dr. Jaime Córdoba Triviño afirma que los artículos 43, 44, 45, 46 y 47 demandados, al otorgar facultades a los Defensores de Familia para ordenar allanamientos y el artículo 299, al atribuir la misma competencia a los Comisarios de Familia, son inconstitucionales, por transgredir el artículo 28 de la Carta.

Manifiesta en el escrito de impugnación que la norma constitucional señalada **"consagra el amparo domiciliario en lo que hace referencia a cuatro derechos fundamentales: el derecho a la intimidad, a la tranquilidad, a la libertad física y a la seguridad personal"**, cuya garantía reside en la prohibición del registro del domicilio, salvo orden escrita emanada de la autoridad judicial competente. Advierte que, **"más que protegerse el sitio mismo, lo que se busca es amparar a la "persona" en su seguridad, libertad e intimidad"**, por lo que tan sólo en forma excepcional procede una intromisión en el domicilio. La protección constitucional radica básicamente en circunscribir a las autoridades judiciales la potestad de decretar allanamientos, garantía que se vulnera en el caso bajo examen, pues se extiende a los Comisarios y Defensores de Familia, quienes forman parte de la Rama Ejecutiva, y, por tanto, se encuentran constitucionalmente incapacitados para ejercer dicha atribución.

Aclara que las funciones jurisdiccionales a que se refiere el artículo 116 de la Carta y que conforme al mismo pueden ser delegadas en funcionarios administrativos, **"son las pertenecientes a la esfera del denominado derecho**

administrativo sancionatorio, como las de naturaleza correccional o disciplinaria. En ningún caso las funciones que involucren administración de justicia podrán ser ejercidas por otras Ramas del Poder sin expresa atribución constitucional".

- Artículos 68 (parcial), 72 (parcial), 223 (parcial), 272, 273, 312 (parcial), 326 (parcial) y 331 (parcial):

En opinión del demandante, los artículos 68, 72, 223, 312, 326 y 331, autorizan a defensores de familia, comisarios, alcaldes, inspectores de policía o sus delegados a conmutar las multas que pueden imponer dentro de la órbita de sus funciones, por arresto, lo que significa una flagrante vulneración del artículo 28 de la CP, conforme al cual la pena de arresto sólo procede por orden de autoridad judicial y con el cumplimiento de los mismos requisitos exigidos para la práctica del registro. Afirma que **"el interés superior del menor, hace necesario que la autoridad encargada de protegerlo tenga los mecanismos idóneos para ello, esto, justifica el hecho de que ante la desobediencia de sus decisiones, o como sanción al maltrato de los menores, puedan imponer sanciones fuertes, y capaces de disuadir, a los infractores de las normas tutelares de los niños"**, lo que no significa, prosigue, que puedan estar legalmente autorizadas para el ejercicio de competencias reservadas por la Constitución a los jueces. Por ello, anota, únicamente se demandan los apartes en que se autoriza a dichos funcionarios a ordenar un arresto, quedando a salvo lo relativo a las sanciones pecuniarias.

Los artículos 272 y 273 del Decreto 2737 de 1989, por su parte, conforman unidad jurídica, indica el demandante, pues el primero establece las sanciones pecuniarias conmutables en arresto, mientras que el segundo de ellos señala las autoridades competentes para imponerlas. Los mismos argumentos expresados fundamentan la acusación contra estas dos disposiciones.

La Secretaria General del ICBF afirma que **"ante la reiterada violación de los derechos de los niños, deben establecerse sanciones, para los transgresores, que les obliguen a cumplir con sus obligaciones; es así como se ha facultado a determinadas autoridades para en caso de incumplimiento convertir la sanción pecuniaria en arresto"**. La justificación constitucional de esta competencia, la encuentra la representante en el artículo 28 transitorio de la CP, a cuyo tenor, los funcionarios indicados en el Código del Menor son competentes para continuar conociendo de los hechos punibles sancionados con arresto, mientras se expide la ley que atribuya su conocimiento a las autoridades judiciales.

El Dr. Córdoba Triviño señala, al igual que la demanda, que estas normas vulneran el artículo 28 de la CP, pues autorizan a funcionarios administrativos para imponer multas convertibles en arresto, en contravención de lo dispuesto en la norma constitucional, pues de conformidad con lo señalado en ella, se atribuye exclusivamente a la autoridad judicial la facultad sancionatoria y la

posibilidad de limitar la libertad de las personas, por lo que resulta imposible asignar esta potestad a autoridades distintas.

Agrega que, según el artículo 295 del Decreto 2037 de 1989, las Comisarías de Familia tienen carácter policivo, y **"las conductas señaladas en las normas acusadas no configuran "hechos punibles", sino faltas de carácter administrativo, salvo la prevista en el artículo 272 que tipifica una contravención. Tampoco son "sancionables actualmente con pena de arresto", pues el arresto en este caso es supletivo. La sanción ordenada en las normas acusadas es la multa, que se convertirá en arresto sólo en el caso de que no sea satisfecha"**. Señala que esto implica que a las normas acusadas no se les pueda aplicar el artículo 28 transitorio de la CP, pues el Constituyente no quiso **"dejar a las autoridades administrativas la potestad de sancionar esas conductas con arresto, ni siquiera de manera transitoria"**.

- Artículo 315:

El actor afirma que esta norma vulnera el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 38 de la CP. En su sentir, la norma **"establece la obligatoriedad de que cada establecimiento de enseñanza tenga una asociación de padres de familia del plantel, a fin de que estas faciliten la solución de los problemas, ..."**, lo que contraviene la libertad que se garantiza en la norma constitucional. Considera que ésta significa ser libres **"para que se conformen las asociaciones que a bien tengan los habitantes del territorio, libre para darse sus propios estatutos, libre para asociarse a las ya existentes, libre para confederarse en asociaciones de un nivel superior, libre para retirarse de aquéllas a las que uno pertenece y obviamente libre para disolverse"**. En este orden de ideas opina que la ley no puede obligar a las personas a concurrir a la formación de una asociación determinada, como lo pretende la norma acusada, al prescribir que los padres de familia de los centros educativos deben asociarse, y al obligar a que en cada institución educativa **"haya "una" asociación de padres de familia"**. Para el demandante, esta disposición impediría la coexistencia de dos o más asociaciones de padres de familia, al igual que el ejercicio de la no asociación, en contradicción con la libertad que se predica de este derecho fundamental.

La defensa afirma que el artículo 315 no vulnera la Constitución, concretamente su artículo 38. En su opinión, la norma no restringe el derecho de asociación, sino que, contrariamente a lo afirmado por el demandante, lo posibilita y garantiza para los padres de familia, con el fin de que hagan valer los derechos de sus hijos ante las autoridades del plantel. Además, advierte, los padres pueden escoger si se asocian o no. Tampoco se impide que los padres de familia se agrupen en diversas asociaciones, **"aunque por razones de orden si es posible disponer que sólo una de ellas tenga la personería oficial ante el plantel, de acuerdo con sus reglamentos, sin perjuicio de que asociaciones distintas puedan presentar solicitudes o sugerencias"**. Agrega que la norma cuestionada es un simple desarrollo del artículo 67 de la CP, de la Ley Orgánica de la Educación de julio 28 de 1980 (sic) - artículos 73 y 74 -, de los Decretos

1625 de 1972, 1360 de 1981, 466 de 1983 (sic), por lo cual solicita a la Corte declararlo exequible.

5. El señor Procurador General de la Nación solicita a esta Corte la declaratoria de inexecutable de los artículos 43 - en la parte acusada -, 44, 45, 46 y 47 y las expresiones "de oficio o" y "o del defensor de familia" contenidas en el artículo 299. Por su parte, solicita se declaren ajustados a la Constitución los artículos 68, 72, 223, 312, 326, 331, 272 y 273, en lo impugnado.

Como asunto preliminar el señor Procurador advierte que varias de las disposiciones acusadas ya fueron objeto de examen por la Corte Suprema de Justicia y declaradas conforme a la Constitución de 1886, en sentencia del 13 de junio de 1991. Sin embargo, procede un nuevo examen bajo los parámetros de la Carta de 1991, tal como lo ha señalado en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional, que el Procurador indica ha de efectuarse frente a los artículos 43 a 47, 72, 299, 312 y 326 del Decreto 2737 de 1989.

En relación con la facultad que se atribuye a los funcionarios administrativos - Comisarios y Defensores de Familia - de decretar allanamientos, el Procurador indica que ésta se opone a los nuevos mandatos constitucionales. Señala que bajo las prescripciones de la Constitución de 1886, tanto las autoridades judiciales, como las de orden policivo, quedaban comprendidas bajo el concepto de "autoridad competente" del artículo 23, motivo que llevó a la Corte de Justicia a declarar constitucional el allanamiento decretado y practicado por el defensor de familia, con la condición de la amenaza a la vida e integridad del menor como justificantes de dicha actuación. A la luz del nuevo ordenamiento supremo, en su artículo 28, "**dentro de una orientación garantista de los derechos que consagra la misma Carta para su efectivización**", la autoridad competente resulta ser únicamente la judicial. De esta manera el artículo 43 acusado, al habilitar al Defensor de Familia para ordenar allanamientos, y los artículos 44 y siguientes que regulan la forma para llevar a cabo esta diligencia, desconocen abiertamente el artículo 28 de la CP, al igual que las expresiones "de oficio o" y "o del Defensor de Familia" contenidas en el artículo 299.

A continuación, explica, para "**efectos de lograr un completo entendimiento del tema que ocupa la atención de este Despacho en los aspectos que restan de la acusación, es pertinente analizar el espíritu y filosofía que orienta toda la legislación que protege los derechos del menor en nuestro país**", para lo cual alude a diversos instrumentos internacionales que consagran la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos -Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño, Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre Derechos del Niño adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989, incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 12 de 1991 -, así como al artículo 44 de la CP, que señala la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños sobre los de los demás. En relación con

esta disposición cita la ponencia de la Subcomisión Primera presentada a la Comisión V en la Asamblea Nacional Constituyente, y en la que se expresa:

"Cuando se dice que los "derechos del niño están primero que los derechos de los demás" y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltrato que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados. Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o psicológicos se podrán evitar en el futuro gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones..."

De conformidad con lo expuesto, el Procurador General de la Nación considera que la atribución a autoridades administrativas de la facultad para imponer multas conmutables en arresto, a pesar de lo ordenado en el artículo 28 de la Carta, está justificado por la misma Constitución, que en su artículo 28 transitorio autorizó a las autoridades de policía para seguir conociendo de los hechos punibles sancionables con pena de arresto, mientras se expediera la ley que asigne su conocimiento a las autoridades judiciales. Está justificado, prosigue, porque los Defensores de Familia al igual que las Comisarías, son organismos de carácter policivo - artículo 295 del Decreto 2737 de 1989 - como también los alcaldes e inspectores de policía - artículo 315-2 de la CP -, por lo que, en virtud del artículo 28 transitorio, pueden **"válidamente imponer una medida correctiva del arresto, en el evento de que la persona obligada a cancelar una multa no la satisfaga, hasta tanto el legislador haga realmente operante el artículo 28 de la Constitución"**, interpretación prohijada por la Corte Constitucional, en sentencia T-490 del 13 de agosto de 1992, la que cita en los apartes pertinentes.

En relación con la supuesta violación del derecho a la libre asociación por parte del artículo 315 del Decreto 2737 de 1989, el concepto fiscal considera que este último **"desarrolla muchos de los principios consagrados tanto en los instrumentos internacionales sobre los derechos del menor, como en las normas constitucionales que consagran la prevalencia de los derechos del niño, sobre los derechos de los demás. El mismo artículo hace referencia igualmente sobre la obligación que tienen los padres de familia de participar activamente en el proceso de capacitación y formación integral de sus hijos"**, obligación que se desprende del artículo 44 de la CP en su inciso segundo, conforme al cual corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado brindar asistencia y protección al menor, con el fin de garantizar su desarrollo armónico e integral y el pleno ejercicio de sus derechos.

La disposición acusada, anota, no señala una obligación en cabeza de persona determinada de conformar la asociación de padres de familia, **"sino que se proyecta como una obligación genérica"** sobre quienes tengan la voluntad de

concurrir a su formación. Advierte que la finalidad buscada por el legislador con la norma es la de lograr la colaboración entre el Estado, la familia y la sociedad para que los niños obtengan un desarrollo normal, equilibrado y sano y se evite que los padres deleguen la formación integral de los menores en los centros educativos. Aunque el Procurador no lo expresa, de las consideraciones expuestas puede deducirse que solicita la declaratoria de exequibilidad de la norma en cuestión.

III. FUNDAMENTOS

Competencia

1. Esta Corte es competente para resolver en forma definitiva la demanda presentada contra los artículos 43, 44, 45, 46, 47, 68, 72, 223, 272, 273, 299, 312, 315, 326 y 381 del Decreto 2373 de 1989, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241-5 de la CP. En efecto, el Decreto fue expedido con base en las facultades extraordinarias de la Ley 56 de 1988.

La inviolabilidad del domicilio

2. La controversia que suscita la demanda gira en torno de la legitimidad constitucional de las órdenes de allanamiento de los sitios donde pudieren estar menores, producidas por los defensores y comisarios de familia - autoridades administrativas de policía - si las circunstancias así lo ameritan, con el objeto de prestarles la protección necesaria en caso de peligro grave que pueda comprometer su vida o su integridad personal.

Si bien las normas legales acusadas establecen las **formalidades** y el **motivo** de la indicada diligencia, los autos mediante los cuales los defensores y los comisarios de familia decretan allanamientos no tienen el carácter de **mandamiento escrito de autoridad judicial competente**, pues quienes los expiden son funcionarios públicos pertenecientes a la órbita administrativa (DL 2737 de 1989, arts. 277 y 295).

Las diferentes tesis que propugnan la inexecutable de las normas del Código del Menor relativas a esta suerte de allanamientos - formuladas por el actor, el Procurador y el Defensor del Pueblo -, observan justamente la ausencia de este último requisito, lo que determinaría la violación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio consagrado en el artículo 28 de la CP. A ellas se opone el planteamiento expuesto por la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que postula la exequibilidad, la que tendría asidero en la relatividad del derecho a la inviolabilidad del domicilio que en la Constitución reconoce excepciones que no se limitan a la hipótesis del delincuente sorprendido en flagrancia que se refugia en su propio domicilio (CP art. 32); precisamente, la imperiosa protección del menor que arriesga grave y peligrosamente su vida y su integridad personal, constituiría otra excepción a la

sacralidad del domicilio cuya tutela se desplaza ante la necesidad de ingresar a él, así sea coactivamente, con la finalidad de ponerlo a salvo y garantizar sus derechos fundamentales que, como lo expresa el artículo 44 de la Carta "prevalecen sobre los derechos de los demás".

El debate se centra en determinar el alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio. ¿Desprovistos del mandamiento escrito emanado de autoridad judicial competente pueden los mencionados funcionarios públicos de la administración - defensores y comisarios de familia - ordenar y practicar allanamientos domiciliarios enderezados a rescatar a menores cuya vida e integridad personal se encuentra en grave peligro? La Corte, en los apartados siguientes, procederá a esclarecer esta cuestión.

3. El artículo 28 de la CP reconoce el derecho a la "libertad de domicilio e inviolabilidad del domicilio", como una de las más genuinas y preciadas manifestaciones específicas de la libertad personal. El normal desenvolvimiento de la persona y la necesidad de intimidad, llevan al individuo y a la familia a establecer una serie de relaciones más o menos duraderas con ciertos ambientes y lugares físicos que, en su conjunto, por constituir privilegiadas proyecciones espaciales de su personalidad y sede de sus afectos, sentimientos, esfuerzos y actividades, traducen una esfera propia de autonomía personal que debe estar a cubierto de cualquier tipo de intrusión, molestia, interferencia o invasión externa. El objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio es el de proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona.

La interdicción al ingreso coactivo de terceros y de la autoridad pública y al registro del domicilio fuera de las taxativas excepciones que contempla la norma constitucional, es el principal medio que garantiza la privacidad, interés y necesidad del individuo que dentro del espacio que él elija debe asegurarse y rodearse de inmunidad frente a todo tipo de intromisiones y agresiones externas, pues no se trata simplemente de resguardar un sitio o ubicación física sino de preservar la condición de posibilidad de su misma intimidad, lo que no es posible sin reservar un espacio aislado de las influencias y actos provenientes del entorno social y de la autoridad y que sólo esté sujeto al control de la persona que hace del mismo un reflejo personalísimo de su propio ser. De ahí que la definición constitucional de domicilio exceda la noción civilística y comprende, además de los lugares de habitación, trabajo, estudio, todos aquellos espacios o recintos aislados en los que la persona normal y legítimamente pretenda desarrollar su propia vida privada, separada de los terceros y sin su presencia.

La tutela constitucional del domicilio es semejante a la que se discierne a la libertad personal. En efecto, todo registro o penetración en el domicilio no puede llevarse a cabo sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley (CP art. 28). Excepcionalmente, se excusa el mandamiento escrito de autoridad judicial. La Constitución permite a los agentes de la autoridad, para el acto de la aprehensión, ingresar en el domicilio del

delincuente sorprendido en flagrancia que allí se ha refugiado; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador (CP art. 32).

La exigencia del mandamiento escrito de autoridad judicial representa para la persona la garantía de que una instancia imparcial y alejada de la administración, examinará en los términos de la ley y del caso concreto la procedencia de ordenar la entrada coactiva a su domicilio. De lo contrario, el derecho a la inviolabilidad del domicilio quedaría a merced de la administración y desaparecería como tal. No cabe duda que franqueada esta vía cada agencia administrativa encontraría, en su respectivo campo, razones de interés general para subordinar el interés particular de la intimidad que subyace a este derecho fundamental.

El mandamiento judicial, de otra parte, sólo puede librarse para alcanzar objetivos específicos y precisos que correspondan al supuesto legal. "Los motivos" y "los casos" en los que se admite su expedición, no pueden ser vías generales a través de las cuales se acceda indiscriminadamente a la vida privada de una persona. No tendría sentido esta garantía constitucional, si el legislador, en lugar de fijar con claridad y exactitud las taxativas hipótesis de registro domiciliario, regulara la materia con latitud. Igualmente, perdería eficacia el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, si el juez emite una orden de registro cuya finalidad no se encuentre escrupulosamente delimitada y su motivo debidamente individualizado y declarado.

La regulación **legal** de los casos y los motivos que pueden justificar un mandamiento judicial de registro domiciliario, al igual que el procedimiento y las **formalidades**, que deben observarse, responden al diseño central de la garantía que asegura la vigencia de este derecho. En primer término, la persona no queda sujeta a la reducción de su derecho como consecuencia de la actividad reguladora o coordinadora de la administración, ni siquiera de la encargada de la función policiva. En segundo término, la generalidad de la ley previene un tratamiento inequitativo y desigual entre las distintas esferas de autonomía y libertad de los sujetos. En tercer lugar, el procedimiento de adopción de la ley, reviste de legitimidad democrática sus limitaciones y desarrollos.

La protección del niño

4. La norma legal acusada articula una medida de protección del menor expuesto a una situación de grave peligro de su **vida e integridad personal**. La operación de rescate se confía a los defensores y comisarios de familia que, si las circunstancias lo ameritan, podrán ordenar el allanamiento del sitio donde el menor se hallare. Esta disposición hace parte del Código del Menor cuyo principio rector es la **protección del menor** (DL 2737 de 1989, art. 22).

5. En lo que interesa a este proceso es importante destacar que el mencionado Código, entre los derechos del menor, enuncia el **derecho intrínseco a la vida y la obligación del Estado de garantizar su supervivencia y desarrollo** (art 4º) y el **derecho a que se proteja su integridad personal** (art. 16). Con el

objeto de garantizar su protección se identifican diversas situaciones en las que se juzga que el menor se encuentra en situación irregular. Una de ellas es precisamente la situación de abandono o de peligro, que se tipifica cuando el menor:

"(1) Fuere expósito;

(2) Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor;

(3) No fuere reclamado en un plazo razonable del establecimiento hospitalario, de asistencia social o del hogar sustituto en que hubiere ingresado, por las personas a quienes corresponde legalmente el cuidado personal de su crianza y educación;

(4) Fuere objeto de abuso sexual o se le hubiere sometido a maltrato físico o mental por parte de sus padres o de las personas de quienes el menor dependa; o cuando unos u otros lo toleren;

(5) Fuere explotado en cualquier forma, o utilizado en actividades contrarias a la ley, a la moral o a las buenas costumbres, o cuando tales actividades se ejecutaren en su presencia;

(6) Presentare graves problemas de comportamiento o desadaptación social;

(7) Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desaveniencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio, o en cualesquiera otros motivos".

6. Señala el artículo 36 del Código del Menor que el Instituto de Bienestar Familiar, por intermedio del defensor de familia del lugar donde se encuentre el menor, declara las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida. Al término de la investigación - la que se abre previa la citación de quienes de acuerdo con la ley deben responder del cuidado personal, crianza y educación del menor - se expide una resolución por medio de la cual se declara, si es del caso, el abandono o peligro que se predicen del menor y se adoptan las medidas de protección que pueden consistir en (1) la prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa; (2) la atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos; (3) la colocación familiar; (4) la atención integral en un Centro de Protección Especial; (5) la iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono, y (6) cualesquiera otra cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.

7. Las normas acusadas describen una de las más graves situaciones de grave peligro que se cierne sobre el menor. Por ello se inscriben en el procedimiento

consagrado en la ley y enderezado a su protección, el que concluye, como se ha dejado expuesto, con medidas de índole correctiva o preventiva.

8. Los acuerdos y las declaraciones internacionales sobre derechos del niño suscritos por Colombia - Declaración de los derechos del niño, ONU, 1959 y Convención sobre los derechos del niño de 1989, aprobada por la Ley 12 de 1991 - postulan expresamente el principio del **interés superior del niño** y el deber de **protección especial** (Declaración de los derechos del niño del 20 de noviembre de 1959, principio 2; Convención sobre los derechos del niño, artículo 3). En lo que concierne al tema específico de la materia aquí tratada - protección inmediata que debe dispensarse al menor que se encuentre en una situación de peligro grave para su vida e integridad personal -, deben tomarse en consideración las siguientes normas:

- "El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro" (Declaración de los derechos del niño de 1959, principio 8).

- "El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación". (Declaración de los derechos del niño de 1959, principio 9).

- "Los estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención". (Convención sobre los derechos del niño, art. 4).

- "Los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". (Convención sobre los derechos del niño, art. 6).

- "Los estados partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación y tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial". (Convención sobre los derechos del niño, art. 19).

- "Los estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales" (Convención sobre los derechos del niño, art. 34).

- "Los estados partes velarán porque: a) ningún niño sea sometido a torturas o penas crueles o degradantes (...). b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente (...)" (Convención sobre los derechos del niño, art. 37).

9. Dispone el artículo 19 del Código del Menor que los convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados por Colombia, relacionados con el menor deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las normas que integran ese cuerpo. Ese valor interpretativo de los convenios internacionales vigentes es realizado por la misma Constitución que ordena interpretar los derechos y deberes consagrados en ella de conformidad con los mismos (CP art. 93). Pero, cabe anotar, que además de su función hermeneútica, las estipulaciones de los tratados y convenios suscritos por el país, como cabalmente ocurre en esta materia de los derechos del niño, tienen efecto normativo directo una vez han sido incorporados al derecho interno.

Del estudio de las normas internacionales citadas y de la normativa legal, puede derivarse como conclusión que ellas confluyen en asegurar una plena y prioritaria protección del niño en todas las dimensiones de su bienestar físico y espiritual y de su desarrollo personal, procurando que éste sea completo y armonioso, tarea que compromete al estado, a la entera sociedad y a la familia.

Desde la perspectiva de los convenios internacionales suscritos por Colombia, la medida de protección inmediata plasmada en las normas acusadas, tiene pleno asidero como mecanismo preventivo y eficaz a través del cual se busca garantizar la vida y la integridad física de los menores, derechos éstos reconocidos en todos los instrumentos internacionales y cuya efectividad compromete la responsabilidad internacional del país. "El interés superior del niño", unido al principio de "protección especial", sirven de marco de referencia para estimar si en eventos de urgente necesidad consideraciones puramente organizativas del estado aparato - mandamiento judicial o auto administrativo de allanamiento - pueden prevalecer sobre el derecho intrínseco a la vida del menor y a su integridad personal. Desde esta óptica, puede afirmarse sin hesitación, la respuesta estatal acertada será aquella que, atendidas las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso concreto pueda, con mayor eficacia y prontitud, poner a salvo la vida del menor y su incolumidad física: vale decir, la actuación pública, administrativa o judicial, que sea más congruente con el interés superior del niño, aquí representado por su vida y su integridad física. El legislador consideró que en esas precisas e impelentes circunstancias, los órganos de policía encargados directamente de la protección del menor - defensores y comisarios de familia - eran los más idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales amenazados, máxime tratándose de una función eminentemente preventiva. Ese juicio del legislador que bien puede ajustarse a los compromisos internacionales contraídos por el país, es el que debe ser analizado desde el punto de vista de la Constitución Política.

10. La Constitución reserva al niño una tutela privilegiada, como se desprende del texto de los artículos 44 y 45 de la C.P. Se dispone en el artículo primeramente citado:

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

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

El artículo 45, por su parte, señala:

"El adolescente tiene derecho a la protección y formación integral.

"El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud".

Según el artículo 42 de la CP la pareja tiene el deber de sostener y educar a sus hijos mientras sean menores e impedidos.

Adicionalmente, el artículo 50 de la Carta establece que todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

En materia laboral, la Constitución ordena que el estatuto del trabajo tenga en cuenta como principio mínimo fundamental la protección especial al trabajador menor de edad (CP art. 53). Finalmente, a voces del artículo 67 de la CP la educación será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y comprenderá como mínimo un año de preescolar y nueve de educación básica.

11. El lugar preeminente que el niño y sus derechos ocupan en la Constitución, fue inequívocamente descrito en las diferentes ponencias. La intención del Constituyente, en este tema, no puede ser más manifiesta:

"El artículo propuesto se presenta en una forma sencilla, de fácil identificación y comprensión, para que todas las personas ejerzan tutela sobre los derechos del niño y puedan exigir su cumplimiento, porque el ejercicio de estos derechos involucra a la sociedad entera, pues los niños dependen de la solidaridad de ésta para crecer,

formarse y ser adultos. Incluye, además, una síntesis de dichos derechos destinados a facilitar al niño la comprensión y el ejercicio de los mismos, durante la enseñanza curricular, de acuerdo con su grado de desarrollo y sus capacidades.

"..."

"De tal manera, el artículo expone los derechos de protección, con los cuales se ampara al niño de la discriminación, el abandono en cualquiera de sus formas, las prácticas lesivas a la dignidad humana y de cualquier tipo de indefensión que coloque en peligro su desarrollo físico y/o mental.

"Igualmente el articulado concreta la responsabilidad primigenia de los padres y de la familia, en lo que se refiere a la asistencia, educación y cuidado de los niños; de la sociedad, porque éstos requieren de ésta para su formación y protección; y del Estado para suplir la falta de los padres o para ayudar cuando éstos no puedan proporcionar al niño los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

"El texto del artículo, entonces, privilegia la condición del niño en todo momento y circunstancia, en razón a su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, la sociedad y los poderes públicos, y como interés supremo de la raza humana.

"Ya en cuanto al texto mismo, se deben hacer dos breves observaciones:

"1. Cuando se dice que "los derechos del niño están primero que los derechos de los demás" y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger a los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltratos que se escuchan y se ven aun sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos o priorizados.

"Muchas violaciones o atentados sexuales, mutilaciones o destrozos físicos o psicológicos se podrán evitar en el futuro, gracias a la resuelta determinación de reconocer que la sociedad debe rodear y salvar a los niños, si pretende mejorar sus futuras generaciones" (Gaceta Constitucional N° 85, Informe-Ponencia para Primer Debate en Plenaria, "Derechos de la Familia, el Niño, el Joven, la Mujer, la Tercera Edad y Minusválidos", p. 6 y 7).

12. A la luz de los antecedentes de las normas constitucionales transcritas y de su propio texto, es claro que los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional. Los principios de protección especial y de superior

interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia "sobre los derechos de los demás". El compromiso que la Constitución establece con el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, no se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de sus pretensiones básicas de protección, sino que su persona como tal ha sido elevada a la categoría de **sujeto fundamental** merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el estado.

Repárese en la contextura abierta del artículo 44 de la CP que, luego de consagrar los derechos fundamentales del niño, efectúa un reenvío a la ley y a los tratados internacionales con el objeto de completar su disciplina protectora y preceptiva, de modo que a los derechos que provengan de estas fuentes se extienda la garantía constitucional como quiera que "los derechos de los niños - con independencia de su fuente - prevalecen sobre los derechos de los demás".

En el otorgamiento de este estatus especialísimo del menor seguramente se han tomado en consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental - debilidad - y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad. De ahí que, se reitera, la tutela de la Constitución no se circunscriba a manifestaciones o pretensiones específicas, como ocurre en general con los restantes derechos fundamentales de las personas, sino que abarque al niño en su plenitud, vale decir, en la integridad de su dimensión existencial.

La consideración del niño como **sujeto privilegiado** de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla **pro infans** (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia.

13. La Constitución le otorga carácter fundamental al derecho del niño a la vida y a la integridad física (CP art. 44), sellando de esta manera la protección que a estos bienes le conceden la ley y el derecho internacional. Las medidas de allanamiento que en situaciones de peligro grave pueden ordenar las indicadas

autoridades administrativas, si bien se orientan a la inmediata protección del menor pueden, de otro lado, vulnerar el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio. Procede la Corte, a continuación, a resolver el conflicto planteado.

Intimidad y vida e integridad física del menor

14. Las medidas de allanamiento, cuestionadas por provenir de autoridades administrativas, tienen el carácter de dispositivos de emergencia para proteger de manera inmediata la vida y la integridad física del niño amenazado. Estos bienes a los que la Constitución reserva un amparo especial, en las circunstancias propias de este tipo de allanamientos, pueden colisionar con el interés a la intimidad domiciliaria, igualmente garantizado por la Constitución. Dado que en situaciones de extremo peligro, el menor tiene un derecho constitucional y legal a su protección, que aquí se traduce en su pronta recuperación, los titulares de derechos enfrentados son el niño y los ocupantes del inmueble. Los dos bienes e intereses que están en juego corresponden a la privacidad de los ocupantes y a la vida e integridad física del niño.

15. La prevalencia constitucional de los derechos del niño, debe, en lo posible, evitar el menor sacrificio de los restantes derechos, procurando precaver incluso las situaciones de conflicto. A este respecto el artículo 44 acusado, incorpora una cautela que, de cumplirse, permitiría soslayar cualquier asomo de disputa de derechos. Allí se dispone que "si los ocupantes al enterarse del contenido del auto - cuya lectura previa es obligatoria -, entregaren al menor sin resistencia o si se desvirtuaren los motivos que originaron la medida, el defensor de familia suspenderá la práctica del allanamiento". Este aspecto de la norma, sin duda alguna, abona la razonabilidad de la medida.

16. El alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio, tiene relación directa con los deberes que se exigen a los terceros y a la autoridad para su materialización. En principio, el correlato de este derecho se patentiza en un deber de abstención a cargo de éstos últimos consistente en no molestar ni penetrar su domicilio, salvo que sea con el permiso del titular y en los eventos y con las formalidades prescritas en la Constitución.

El deber de protección que la Constitución y la ley asigna a las autoridades de familia, que se torna más exigente en situaciones de manifiesto peligro de la vida e integridad física de los niños, no puede trocarse en abstención sin que esos bienes superiores sucumban. En esas eventualidades el bien menor se sacrifica en aras de la preservación del bien mayor.

El titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio no puede razonablemente considerar ni esperar que aún en caso de grave peligro para la vida y la integridad física del menor, las autoridades de familia se guíen por el deber de abstención que normalmente han de observar y que conforma junto a la obligación pasiva de los restantes miembros de la comunidad, el correlato necesario de su derecho. Por el contrario, si cabe prever una conducta por parte

de las referidas autoridades, ella es la del cumplimiento activo del deber de protección del niño, así ello implique penetrar en su domicilio. Desde este punto de vista puede sostenerse que no se vulnera el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues éste no tiene el alcance de inhibir en el supuesto fáctico de la norma demandada el deber positivo de protección para evitar el daño a cargo de las autoridades de familia, que en esas circunstancias, como en ninguna otra, es acusadamente apremiante.

17. No en pocos casos, cubiertos por la norma demandada, el estado de grave peligro en que puede encontrarse la vida o la integridad física del menor, puede originarse en la acción o en la omisión de sus padres y familiares a quienes incumbe en primer término su protección. La actuación preventiva de las autoridades de familia, en estos casos, constituye un especie de subrogado de la protección dejada de prestar por parte de los allegados y demás personas responsables del cuidado del menor. En esta hipótesis, oponerse al allanamiento dirigido a la recuperación del menor, puede representar un abuso del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en cuanto pretende ocultar el incumplimiento del propio deber de cuidado y protección, aparte de que así se frustraría una legítima acción de solidaridad social ante situaciones que ponen en peligro la vida o la salud de las personas (CP art. 95-1 y 2).

18. El derecho a la inviolabilidad del domicilio no puede oponerse al derecho del menor de tener un **domicilio seguro**. Es evidente que el domicilio tiene un valor instrumental respecto de bienes merecedores de tutela constitucional como lo son la intimidad y la autonomía personal. Dentro de ese espacio aislado de las intervenciones de terceros, se desenvuelve igualmente la existencia de los menores y allí han de encontrar abrigo y protección. Si el aislamiento, faceta constitutiva del domicilio, por la acción o la omisión de quienes deberían cuidar del menor, o por cualquier otra causa, se erige en factor negativo para éste toda vez que gracias a él no puede ser liberado de un peligro que se cierne sobre su vida e integridad física, el **instrumento de protección** se convierte en **medio ominoso de aniquilamiento** y deja, por lo tanto, de servir a su fin. La medida de protección no puede ser otra que la de suministrar al menor un **domicilio seguro** y para ello se precisa su recuperación. La resistencia a esta diligencia, por parte de los ocupantes del inmueble traspasa el umbral del **derecho a un domicilio seguro** que corresponde al menor, lo que pone de presente un ostensible irrespeto al derecho ajeno - el de niño - y un abuso de los propios (CP art. 95-1). La Constitución no garantiza el derecho a la inviolabilidad del domicilio con este alcance.

19. Estima la Corte que la situación contemplada en la norma acusada debe ser, como en la misma se indica, excepcionalmente grave, pues de lo contrario sería indispensable obtener el mandamiento judicial de allanamiento. Es la actualidad e inminencia de un daño considerable que puede afectar la vida o la integridad física del menor, la que excusa la presencia del juez y la iniciación de un proceso. La lógica que subyace a esta suerte de actuación administrativa y que la justifica, es la de que la medida de protección sólo puede ser eficaz si es inmediata. La necesidad urgente de recuperar al menor, en las circunstancias

vislumbradas por la ley, es inconciliable con la actuación judicial. De otra parte, el establecimiento sumario de la situación de grave peligro que afronta el menor es compatible con la naturaleza preventiva de la diligencia, como quiera que la práctica de las pruebas con audiencia de la parte contraria, tampoco se aviene con la celeridad que reclama la acción administrativa de recuperación.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la responsabilidad, penal y disciplinaria, en que pueden incurrir los funcionarios que con ocasión del allanamiento violen la ley, abusen de su autoridad o adelanten la diligencia pese a que las circunstancias objetivamente consideradas no lo permitan.

20. Como ya se ha expresado en esta sentencia, la Constitución no ampara el abuso en el ejercicio del derecho fundamental propio (CP art. 95-1). Cuestionar sobre la base de la ausencia de mandamiento judicial, la diligencia de allanamiento, dadas las condiciones y presupuestos anotados, vulneraría el principio de igualdad sustancial, toda vez que el rescate del menor es una medida especial de protección que se toma en consideración de su estado de debilidad manifiesta y se orienta a compensarlo de manera eficaz e inmediata (CP art. 13), enfrentando si es del caso a los agentes del daño que se aprovechan de su impotencia y fragilidad y pretenden, por la vía del aislamiento ilegítimo, perpetuarlas.

21. El Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño - con mayor razón al que se encuentra en peligro de perder su vida y ver menoscabada su integridad física - lo que puede hacer de oficio o a petición de cualquier persona (CP art. 44). El deber de protección a cargo del Estado se cumple a través de los jueces y de las autoridades de familia. Estas últimas, en los términos de la ley, son "autoridad competente", para los efectos de rescatar a los menores que se encuentren en situación de grave peligro. Luego, las mismas, de oficio o a petición de cualquier persona, deben hacer realidad el deber de protección a cargo del Estado (CP art. 44).

22. Los particulares que acuden en defensa del menor cuya vida e integridad física corren grave riesgo, aún sacrificando derechos y bienes de terceros, pueden esquivar la acción penal si concurren los requisitos de la legítima defensa o del estado de necesidad (Código Penal, art. 29), que le restan antijuridicidad a su conducta - con más veras a la luz de la norma constitucional que obliga a toda persona a "obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas" (CP art. 95-2). **A fortiori**, la antijuridicidad de la conducta de las autoridades de familia que, en los términos de la ley, penetran en domicilio ajeno para rescatar a un menor que se encuentra en situación de grave peligro para su vida e integridad física, debe descartarse de manera absoluta en cuanto esa acción se cumple en estricto obediencia de un imperioso deber constitucional y legal y, además, ella responde a un evidente **estado de necesidad** (CP art. 44 y Código Penal, art. 29-1 y 5).

23. Si el conflicto entre los intereses en juego - en sus respectivos ámbitos garantizados por la Constitución - se lleva hasta sus últimas consecuencias, habrá de ensayarse un criterio de jerarquización que resulte plausible. Entre los bienes jurídicamente protegidos, la vida y la integridad física, como supuestos de los restantes derechos, tienen carácter primario. En consecuencia, su salvaguarda debe ser prioritaria. La privacidad y la autonomía como exigencias inherentes a la dignidad humana, presuponen la vida y la integridad corporal; sin ella la estructuración de planes y la búsqueda de sigilo, carecen de sentido. Finalmente, el sacrificio de los mencionados bienes primarios no es restituible. No quiere con lo anterior la Corte significar que la tutela de la intimidad esté desprovista de trascendencia. Ella es, por el contrario, esencial en una sociedad democrática respetuosa del valor de la autonomía. Es ante la hipótesis de un creciente conflicto entre el bien de la vida y el de la intimidad, que esta última debe encontrar acomodo en un espacio que permita la preservación de la primera.

24. Establecida una necesidad específica de protección y asistencia del niño subsumible en un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, los conflictos que genere frente a otros derechos y que no pudieren resolverse de otro modo que apelando a la jerarquización de los intereses, serán decididos según lo ordena el mismo Constituyente dándole prelación a los derechos del primero (CP art. 44). La especial calidad del niño como **sujeto privilegiado** de la sociedad se proyecta en esta particular regla de prioridad que modula los ámbitos de los restantes derechos, a partir de la exigencia y condición de que los suyos sean satisfechos o respetados en primer lugar. La ordenación que se establece a partir de esta regla no conduce indefectiblemente a reducir y erosionar los espacios asignados a los diferentes derechos. Cada miembro de la sociedad como titular de derechos debe conjugar en el ejercicio de su propia libertad, tanto sus propias exigencias y necesidades como las de la sociedad que singularizan al niño como sujeto merecedor de protección. De este modo, los derechos, en general, deben en su núcleo esencial ser expresión de un cierto equilibrio o ajuste entre estos diferentes imperativos. A este respecto resulta ilustrativa la norma acusada cuando prevé la suspensión de la diligencia de allanamiento en el evento de la entrega del menor sin resistencia o de la desestimación de los motivos que originaron la medida. Lo que pone de presente justamente que el ejercicio responsable del derecho fundamental por parte del titular, en este caso, puede, si se realiza de determinada manera coexistir y armonizar plenamente con el derecho de protección del menor. Cuando ese ajuste o equilibrio no se consigue, la regla de prioridad servirá para operar los necesarios desplazamientos entre los diferentes derechos.

Los argumentos anteriores son suficientes para desechar los cargos contra los artículos 43, 44, 45, 46, 47 y 299 del Decreto 2737 de 1989, en las partes acusadas, los cuales no infringen las normas constitucionales señaladas en la demanda ni ninguna otra de la Carta.

Sanciones convertibles en arresto

25. Los cargos que el actor endereza contra los artículos 68, 72, 223, 312, 326, 272 y 273 del Decreto 2737 de 1989, que comparte en su escrito el Defensor del Pueblo, se fundamentan en la presunta violación del artículo 28 de la CP que ordena que toda pena de arresto sólo puede ser impuesta en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Contrariando el canon constitucional, anota el demandante, las sanciones consagradas en las disposiciones legales acusadas se libran por parte de los defensores y comisarios de familia y los demás funcionarios de la administración que en ellas se mencionan.

26. Los supuestos a los que las normas citadas subordinan la imposición de diversas sanciones pecuniarias, corresponden al incumplimiento de importantes deberes a cargo de los padres o de quienes tengan al menor bajo su cuidado. Si tales sanciones no se cancelan, de acuerdo con determinadas reglas, las mismas se convierten en pena de arresto.

27. La Constitución prohíbe el arresto por deudas (CP art. 28). La sanción pecuniaria que se convierte en arresto no tiene el carácter de deuda. La fuente de la sanción pecuniaria, convertible en arresto, se vincula al poder punitivo y correctivo del Estado, que persigue no el enriquecimiento del erario sino el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y la preservación de intereses superiores que se consideran merecedores de tutela. La naturaleza de la sanción pecuniaria, de otra parte, es puramente represiva y, precisamente, esa finalidad es la que asume el arresto cuando se muestra incapaz de servir ese cometido.

28. Si la pena pecuniaria no se cancela y la misma no se muta en arresto, puede perder eficacia disuasiva la sanción. El juicio de reprochabilidad de una específica conducta, corre el riesgo de tornarse en pauta no obligatoria de conducta si a la conducta desviada y a la elusión de su respectiva sanción no sigue consecuencia adversa alguna. No merece glosa constitucional que el legislador busque asegurar, mediante el arresto sustitutivo, la efectividad de su propio mandato sancionatorio.

29. La consagración de penas y sanciones constituye una competencia propia del legislador que, en principio, es libre para asignar diferentes consecuencias negativas a los comportamientos que considera reprochables e injurídicos, de acuerdo con criterios de proporcionalidad. Si desde un comienzo había podido el Legislador establecer la pena de arresto, no se ve la razón por la que deba abstenerse de consagrarla de manera subsidiaria, esto es, para el caso de que la pena monetaria no se satisfaga.

30. Por último, coincide esta Corte con el criterio expuesto por el Procurador, en el sentido de sustentar temporalmente la facultad de las autoridades de policía - como lo son los defensores y comisarios de familia - para imponer penas de arresto en la disposición del artículo transitorio 28 de la Constitución que reza así: "**Mientras se expide la ley que atribuya a las autoridades**

judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables actualmente con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas continuarán conociendo de las mismas". En relación con esta atribución, señaló esta Corte lo siguiente: **"La norma transitoria cobija tanto los hechos punibles de irrespeto o desobediencia a la autoridad, como las demás contravenciones especiales, particularmente las consagradas en la Ley 23 de 1991, cuya competencia está atribuida a las autoridades de policía".**¹

Lo expuesto y la confrontación integral efectuada por la Corte, no permitirá dar curso favorable a la solicitud de inexecutable de las normas analizadas.

Libertad de asociación

31. Dispone el artículo 315 del DL 2737 de 1989 que **"Cada establecimiento de enseñanza tendrá una asociación de padres de familia del plantel, para facilitar la solución de los problemas individuales y colectivos de los menores y propiciar acciones tendientes al mejoramiento de su formación integral y a la participación en actividades que involucren a los asociados en el desarrollo responsable de la crianza, cuidado de los hijos, mejoramiento de su comunidad y del proceso educativo".**

El actor estima que la norma citada viola el artículo 38 de la CP que consagra la libertad de asociación. La vulneración, a su juicio, se origina en la obligatoriedad legal de constituir en cada plantel educativo una asociación de padres de familia y para éstos de asociarse a la misma. El Procurador y la Secretaría General del Instituto de Bienestar Familiar, defienden la executable del precepto, y a este respecto aducen que se respeta la libertad de los padres para no ingresar a estos cuerpos que, además, como integrantes de la comunidad educativa están llamados a participar en el proceso formativo de los menores.

32. El derecho a la libre asociación, consagrado en la Constitución y reconocido en los tratados internacionales suscritos por Colombia (CP art. 38; Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, art. 20-2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 22), en principio tiene su raíz en la libre voluntad de las personas que deciden perseguir ciertos fines lícitos a través de una organización unitaria en la que convergen, según su tipo, los esfuerzos, recursos y demás elementos provenientes de sus miembros y que sirven de medios para la realización del designio colectivo. A la libre constitución de la asociación - sin perjuicio de la necesidad de observar los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto -, se adicionan la libertad de ingreso a ella y la libertad de salida, para completar el cuadro básico de esta libertad constitucional que reúne así dos aspectos, uno positivo y otro negativo, sin los cuales no habría respeto a la autonomía de las personas.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-490/92

33. La libertad de asociación, entendida en los términos anteriores, representa una conquista frente al superado paradigma del sistema feudal y al más reciente del corporativismo. En el Estado social de derecho no es posible que el estado, a través de asociaciones coactivas, ejerza control sobre los diferentes órdenes de vida de la sociedad; o que ésta, a través de un tejido corporativo difuso, asuma el manejo del Estado.

34. Lo expuesto sugiere mirar con prevención las normas legales que ordenan la creación de entes asociativos. Por vía excepcional, siempre que la solución normativa haya sido necesaria para superar problemas de coordinación social de otra manera insalvables, puede considerarse admisible su consagración legal si ella persigue un fin público digno de tutela y el esquema asociativo no interfiere con la autonomía y derechos fundamentales de las personas.

35. Eliminada la disposición legal, nadie podría asegurar que espontáneamente las fuerzas sociales se conducirían de manera tal que en cada plantel del país se conformara una asociación de padres de familia. La ley, en este caso, viene a suplir una dificultad inicial de autoconvocatoria de las fuerzas sociales. Ahora, estas asociaciones son vitales para canalizar la obligatoria participación de la sociedad y de los padres en el proceso educativo y formativo de los menores (CP arts 67 y 68), lo que hace que su finalidad y objetivos particulares sean desde todo punto de vista loables y necesarios.

Paralelamente a la actividad de la asociación, a través de la cual se cumple una porción significativa de las responsabilidades de la sociedad en materia educativa, individualmente los padres y los educandos en sus distintas esferas y también frente al centro docente pueden y deben sin intermediación de ente alguno ejercer sus derechos y satisfacer debidamente sus deberes. Con otras palabras, los derechos fundamentales de los padres, así como sus deberes, no requieren ser canalizados por las respectivas asociaciones cuya función es agregativa y reforzadora y, de ninguna manera, supletiva de la que directamente les incumbe.

36. Asegurada la autonomía de padres y educandos, en la esfera de los derechos y deberes intransmisibles, resta analizar si la norma acusada quebranta la libertad de asociación positiva o negativa. Si bien la causa mediata de la constitución de cada asociación de padres de familia es la ley, la inmediata se vincula a la libre voluntad de los padres que concurren a su formación. El pluralismo de asociaciones no es expresamente prohibido por la disposición y la interpretación que en ese sentido pretenda hacerse no tendría fundamento constitucional. En verdad, el propósito de la norma lejos de ser prohibitivo, como se advierte en la demanda, es el de generalizar estas asociaciones en todos los establecimientos educativos.

Finalmente, la ley en estricto rigor no obliga a los padres a ingresar a las asociaciones que se constituyan o a permanecer indefinidamente en ellas.

No se observa, por lo dicho, que la disposición acusada vulnere precepto alguno de la Constitución.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional

R E S U E L V E:

Declarar exequibles los artículos 43, 44, 45, 46, 47, 68, 72, 223, 272, 273, 299, 312, 315, 326 y 331 del Decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, en las partes demandadas.

NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, CUMPLASE, INSERTESE EN LA GACETA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y ARCHIVASE EL EXPEDIENTE.

HERNANDO HERRERA VERGARPresidente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA

CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDOMagistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLEROMagistrado

FABIO MORON DIAZ

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General