



Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **CRISTINA PARDO SCHLESINGER**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número D-14168**. Demanda de inconstitucionalidad el artículo 129 (parcial) de la Ley 1098 de 2006.

Actor: **ERIKA KATHERINE DÍAZ RAGA Y OTROS**.

Asunto: **intervención ciudadana** según Decreto 2067 de 1991 artículo 7.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; **GUSTAVO ALEJANDRO CASTRO ESCALANTE**, actuando como ciudadano y profesor del Área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, miembro del Observatorio y **MIGUEL ANGEL ALVAREZ PEREZ**, actuando como ciudadano y estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre y miembro del observatorio; identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana con respecto a la demanda de la referencia y en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

FUNDAMENTOS DE LA INTERVENCION

I. LA NORMA PLANTEA UN SUPUESTO CON DOS CONSECUENCIAS JURIDICAS.

El inciso 9ª del artículo 129 de la ley 1098 del año 2006 pregona:

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la obligación alimentaria que tenga respecto del niño, niña o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella.

Se denota de la redacción de la norma que estamos en un mismo supuesto que plantea dos condiciones jurídicas diferentes, por un lado, el padre deudor no será escuchado en la reclamación de custodia y cuidado personal de su hijo; por el otro, el padre deudor no será escuchado en el ejercicio de otros derechos sobre su hijo. De allí que resulte pertinente dejar claridad sobre las consecuencias jurídicas planteadas por la norma y así la Corte pueda entrar a revisar lo que esta intervención pretende señalar.



a. RESPECTO DE LA LIMITACIÓN A LA DEFENSA DEL PADRE DEUDOR SOBRE LA RECLAMACIÓN EN SU CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL, ESTA ES ACORDE CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO.

Es menester señalar que la Honorable Corte Constitucional en varias de sus sentencias ha señalado la facultad del legislador de limitar el derecho de defensa, un ejemplo de ello es lo señalado en la sentencia T-427 de 2014 en donde la Corte señaló respecto del proceso de restitución de bien inmueble arrendado y su limitación al derecho de defensa lo siguiente:

En varias oportunidades, esta Corte ha estudiado estas normas en sede de constitucionalidad, emitiéndose las sentencias C-070 del 25 de febrero de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-056 del 15 de febrero de 1996 (M. P. Jorge Arango Mejía) y C-122 del 17 de febrero de 2004 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), entre otras. En dichas providencias, la Corte concluyó que esas limitaciones al derecho de defensa procesal, expedidas en debida forma por el legislador, son constitucionales. La Corte ha precisado que a pesar de que dichas normas introducen verdaderas condiciones a los derechos de defensa y contradicción de los demandados en los procesos de restitución de inmuebles arrendados, aquellas son necesarias para garantizar la celeridad y la eficacia de tales procesos. De igual forma, ha señalado que no obstante existir el principio procesal en virtud del cual quien alega un hecho debe probarlo en juicio, el hecho del “no pago de los cánones” es una negación indefinida casi imposible sustentar por parte del demandante y, por el contrario, muy fácil de desvirtuar por el demandado, pues con la sola presentación de los recibos de pago queda sin fundamento la demanda.

Como lo señala la Corte en sus sentencias, la limitación al derecho de defensa se ha desarrollado en varios escenarios como el traído a colación en el proceso de restitución de bien inmueble arrendado, en ese sentido, se puede configurar en cualquier circunstancia jurídica siempre y cuando este sea razonable. Bajo ese entendido las limitaciones configuradas por el legislador son en cierta medida constitucionales.

Considera el Observatorio, mediante esta intervención ciudadana, que respecto de la limitación a la defensa en tratándose de la custodia y del cuidado personal, es decir la primera consecuencia jurídica establecida por la norma, parece estar ajustada al ordenamiento jurídico pues su razonabilidad se infiere de la finalidad de la norma respecto del medio señalado para conseguirla, puesto que no se comprende como un padre o madre que no está al día en su obligación alimentaria solicite la custodia del niño, ya que, en la mayoría de las situaciones en las que un padre o madre no mantiene su obligación alimentaria al día para con sus hijos, dicho escenario, deviene en alguien no atento al cuidado personal del niño y por lo tanto no habría lugar a la discusión jurídica respecto de la custodia y cuidado personal.

De allí que la postura del Observatorio es que dicha limitante se mantenga respecto de la reclamación de custodia y cuidado personal, toda vez que esta es razonable,



puesto que, la obligación contenida en el artículo 44 superior dirigida a los alimentos es legítima e imperiosa. Ahora bien, el medio utilizado, esto es, no ser escuchado en la reclamación de la custodia o cuidado personal es adecuado y necesario, ya que se reitera que no es entendible como un padre o madre que no mantiene al día la obligación alimentaria, reclame la custodia y cuidado personal, cuando la misma mora afecta el interés del niño, niña o adolescente.

En conclusión, debería la Corte considerar la declaratoria de constitucionalidad de la norma respecto de “no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal”, por los motivos expuestos.

A contrario, la segunda consecuencia jurídica que parte del mismo supuesto si acarrea una afectación mayor, ya que no ser oído como limitación a la defensa es una cosa, pero no poder ejercer otra clase de derechos y su defensa conlleva una afectación desproporcional a la luz del artículo 44 constitucional, puesto que, la patria potestad, como derecho del padre para con sus hijos, y de los hijos de gozar de las prerrogativas fundamentales contempladas en el citado artículo van más allá que los derechos a la custodia y cuidado personal.

De allí que ulteriormente se le señale a la Honorable Corte Constitucional que declare Inconstitucional el apartado: “ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella”. bajo la siguiente argumentación.

b. RESPECTO DE EL EJERCICIO DE LOS OTROS DERECHOS DEL PADRE HACIA SU HIJO EXISTE UNA AFECTACIÓN AL ARTICULO 44 SUPERIOR.

1. En consonancia con el cargo primero de la demanda de inconstitucionalidad, existe afectación al interés superior del niño.

El artículo 44 constitucional que desarrolla el interés superior del niño en el ordenamiento jurídico colombiano, contempla una carga deontológica que implica bastantes escenarios, la Honorable Corte Constitucional en sentencia T-468 de 2018 señaló que el interés superior del menor puede entenderse de la siguiente manera:

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3º, Superior), contenido normativo que incluye a los niños y niñas en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida, que se encuentran en situación de indefensión y que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. (subrayado fuera del original).

Bajo ese entendido, la prevalencia del derecho de los niños sobre el de los demás plantea no solamente un supuesto teórico sino una real materialización que conlleve



a un pleno y armonioso desarrollo del niño, en ese orden de ideas, el goce efectivo de una familia como uno de los tantos derechos que cobijan a los niños, se desprende del artículo 44 superior, que entre otras cosas señala el derecho a tener una familia y no ser separados de ella, toda vez que como lo ha retirado la Corte Constitucional en sentencias T-444 de 2004 y T044 de 2014:

El derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos. (subrayado fuera del original).

Por lo tanto, la limitación a la que se ve expuesta el niño respecto de no poder gozar de su madre o padre cuando este no haya cumplido con sus obligación alimentaria, deviene en afectación a la real integración de la relación recíproca de padres e hijos, puesto que, si un hijo no tiene la posibilidad de compartir con uno de sus padres y este no tiene la facultad de hacer exigible su derecho por una limitación de carácter legal, termina el ordenamiento jurídico llevando a un demérito de la relación del hijo respecto de uno de sus padres y por lo tanto, perjudicar los estrechos vínculos de afecto y confianza que tanto ha defendido la Honorable Corte Constitucional; diferentes estudios han revelado la importancia de la constante comunicación y manutención de la relación entre padre e hijos, por traer un ejemplo, un estudio del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina, titulado la comunicación entre padres e hijos: su influencia sobre el disfrute y el Flow adolescente (2017), en un ámbito de los adolescentes, señalo que:

Los estudios muestran que las actividades estructuradas, como el deporte y las actividades artísticas (e.g., teatro, danza, canto, ejecución de un instrumento) **requieren de la participación de los padres**, en conductas de apoyo instrumental y emocional para que los adolescentes puedan llevarlas a cabo y disfrutarlas (Anderson, Funk, Elliott, & Smith, 2003). **Por lo tanto, se podría pensar que los adolescentes que perciben una comunicación positiva con los padres (más abierta y menos problemática), tienen mayores posibilidades de encontrar esas actividades y disfrutarlas más**, ya que tienen mayor oportunidad de expresar a sus padres sus gustos, preferencias y necesidades, tanto materiales como afectivas. (negritas fuera del original).

Por otro lado, estudios relativos a los niños señalan que la vinculación afectiva se define como una relación única, específica y perdurable entre dos personas, la cual tiene efectos profundos en el desarrollo físico y psicológico, así como en el desarrollo intelectual, durante los primeros años de vida y se constituye, además, en el fundamento de la relación padres-hijo que se desarrolla a lo largo del tiempo (Bowlby J, 1990); en un estudio denominado Fortalecimiento del



Vínculo Padres-Hijo a Través del Proceso de Cuidado de Kristen Swanson (2013), se analizaba que cuando un niño se separa de sus padres, esto es se rompe el trinomio que generalmente constituye una familia, afecta el vínculo y trae como consecuencia trastornos en el desarrollo mental, motor y afectivo del niño.

Con estos estudios traídos a colación en la presente intervención, se busca señalarle a la Honorable Corte Constitucional, que la prevalencia del interés superior del derecho a una tener una familia y a no ser separada de ella, como norma rectora, trae de por si una carga deontológica que encierra dentro de su deber ser un sinfín de situaciones que implican las relaciones padres e hijos, que van más allá de los derechos de custodia y cuidado personal, con un carácter multidimensional que termina por definir quien será un hijo en un futuro.

Se esta entonces en un debate que no se enmarca solamente en la limitación de la facultad del padre de poder ejercer sus derechos sobre su hijo, implica ello el poder compartir con su hijo y exigir tales derecho, sino también en los efectos y/o repercusiones de la limitación legal sobre los niños, niñas y adolescentes; es por ello, que el apartado de la norma en tratándose de otros derechos debe declararse inconstitucional, la prohibición de no ser escuchado en el ejercicio de cualquier derecho que atañe a la facultad del padre sobre sus hijos, termina en una afectación a sus relaciones, que se situaría en la imposibilidad de uno de los padres de compartir de una u otra forma con sus hijos y por ende, en una afectación al interés superior del niño.

Por ejemplo, en el hipotético que el padre o madre que ostenta la custodia decida de manera unilateral sacar del Estado colombiano al niño, niña o adolescente, se estaría afectando la facultad del padre de exigir su consentimiento para tal situación, que en ultimas podría afectar al niño, niña o adolescente por cuanto que, su padre o madre deudora no podría ejercer acción alguna para protegerle de dicha situación; en ese mismo sentido, existen otros supuestos que se dan en el contexto social en el cual nos encontramos, situaciones como que el padre quien ostenta la custodia no permita una llamada telefónica toda vez que el padre deudor se encuentra en mora, la limitaciones a los regímenes de visitas por parte de quien recae la custodia y otros eventos que permean en una afectación del conjunto de derechos que son del interés superior del niño.

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció en opinión consultiva en el año 2002, respecto del interés superior del menor que:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. (subrayado fuera del original).



La limitación del inciso 9º del artículo 129 del Código de Infancia y adolescencia como bien ya se señaló deviene en la afectación de las relaciones de padres e hijos y conlleva repercusiones en el desarrollo de los niños, bajo este argumento la Corte en su análisis podría entrever la Inexequibilidad del apartado “ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella”.

2. Existen otros medios en el ordenamiento jurídico colombiano para hacer cumplir la obligación de alimentos, que no implican una afectación a las relaciones entre padres e hijos.

En este punto quiere señalársele a la Corte de manera comedida que existe una desproporción entre la norma y la finalidad de la misma, esto es, en aplicación del principio de proporcionalidad y el test de igualdad, hoy en día como juicio integrado de igualdad.

Teniendo en cuenta que el inciso 9º del artículo 129 del Código de infancia adolescencia establece una limitación en el ejercicio de los derechos del padre que no haya podido cumplir con su obligación de alimentos, trayendo como consecuencia que este no pueda ejercer ni exigir las facultades que le son propias como padre en beneficio de su hijo.

Por ello resulta pertinente analizar la carga igualitaria de la norma y su proporcionalidad, respectivamente en la sentencia C-063 de 2018, la Honorable Corte constitucional llevo aplicación del juicio integrado de igualdad y preciso:

Este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses.

A su vez, se ha retirado este juicio en las sentencias C-673 de 2001, C-624 de 2008, C-313 de 2013, C-601 de 2015, C-220 de 2017, C-389 de 2017 y C-535 de 2017, entre otras, de allí que, insta esta intervención a que la Corte analice el inciso de la norma demandado bajo el juicio integrado de igualdad.

En ese orden de ideas, enmarcando un juicio integrado de igualdad, considera el Observatorio que si lo que la norma pretende es garantizar la obligación alimentaria de los niños, niñas y adolescentes, como derecho de estos, se estaría ante una colisión en la cual resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-022 de 1996 respecto de la proporcionalidad:



El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Bajo lo señalado por la Corte en las sentencias citadas, se puede entrar a analizar si la limitación contenida es desproporcional a la luz del precedente constitucional, y se considera que es pertinente señalar que se está ante un juicio integrado de igualdad de carácter estricto. Toda vez, que la relación medios a fin no constituye racionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Para entrar a analizar si la finalidad de la norma es importante, legítima e imperiosa junto con que el medio por el cual se logra es legítimo adecuado y necesario, hay que precisar que de conformidad a la sentencia C-061 de 2015 se estaría ante un categoría de juicio estricto toda vez, que versa sobre un limitación a un derecho no taxativo en el artículo 13 de la Constitución Política, es sobre un grupo marginado o discriminado, ya que se encuentra el debate jurídico en torno a la supremacía de los derechos del niño y al acceso de este a su familia, y ello implica per se un derecho fundamental.

También la categoría de estricto se encuadra en el presente debate jurídico por cuanto que del inciso 9º del artículo 129 de la ley 1098 de 2006 es inferible o trae consigo una categoría sospechosa, a esto la Corte Constitucional señaló a través de la sentencia C-063 de 2018 lo siguiente:

“El trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada, hasta confundirse con la institucionalidad misma, o con el modo de vida de la comunidad, siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona.

La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.”

La categoría sospechosa de la norma demandada se configura, por cuanto se considera pertinente hacer exigible la obligación de alimentos, es decir una categoría desigual respecto del padre que ostenta la custodia, pero sacrificando, la exigibilidad de los derechos del padre incumplido sobre su hijo que termina



afectando el propio interés superior del niño, en el derecho de tener una familia y poder relacionarse con sus padres en condiciones igualitarias.

Ahora bien, la finalidad de la norma, como aquella en la que el padre que no ostenta la custodia se encuentre al día la obligación alimentaria es legítima toda vez que para que el niño, niña y adolescente pueda desarrollarse de la mejor manera posible, crezca sano y fuerte, requiere de una buena alimentación, esto es, el acceso a alimentos propiamente dichos, educación, actividades de recreación, aseo, transportes, vestimentas, etc. Por otro lado, tiene el carácter de imperiosa e importante ya que los alimentos de manera transversal constituyen un elemento de formación biológica y psicológica imperante, junto a que materializan el deber constitucional consagrado en el artículo 44 superior, que congruentemente deben ser sus padres quienes provean dichos alimentos como uno de los deberes de todo padre. El problema se da respecto del medio que se tiene para conseguirlo.

Dentro de la adecuación de los medios escogidos para la consecución de los fines, es decir, bajo el supuesto de que la limitación de exigibilidad de los derechos del padre que se encuentre en mora de alimentos existe para garantizar el derecho de alimentos o cumplimiento de la obligación alimentaria, esto es, si la obligación alimentaria está al día el padre podrá ejercer y exigir sus derechos de custodia y demás relacionados con el niño. Esta medida -la limitación- no se encuentra adecuada, desde el punto de vista del Observatorio, respecto del ejercicio de otros derechos, por cuanto que la necesidad de adecuación ha sido definida en la sentencia C-144 de 2020 como:

La idoneidad o adecuación de la medida, la cual hace relación a que la intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo “suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir”. Finalidad que debe propender por un objetivo constitucionalmente legítimo o deseable y el cual debe evidenciarse como de imperiosa consecución.

Es decir, limitar la exigibilidad del derecho de un padre sobre su hijo, por no estar este al día en alimentos, que consecuentemente afecta el interés superior del menor, no se adecua a que la obligación alimentaria este al día, por lo cual la finalidad de la norma no se materializa en proporción a la afectación y al trato desigual entre padres.

Considera también el Observatorio que no se cumple con el requisito de necesidad ya que en palabras de la sentencia C-144 de 2020: La necesidad hace referencia a que la limitación a un derecho fundamental debe ser indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo y, que, de todos los medios existentes para su consecución, debe ser el que, en forma menos lesiva, injiera en la efectividad del derecho intervenido.

Requisito no satisfecho, puesto que, la limitación normativa no es únicamente respecto de los derechos del padre sino también de los derechos de los niños a



compartir con el padre deudor, a recibir de este un trato, a percibir de su padre un apoyo moral, entre otros; pues no podría el padre hacer exigible sus derechos para con sus hijos y ello se traduce en la afectación de un derecho superior, el interés del niño. Resulta pertinente señalar que no es imprescindible sacrificar el derecho del niño y del padre deudor para cumplir la obligación alimentaria en la exigencia de los derechos del padre sobre su hijo; el ordenamiento jurídico plantea otras opciones para poder cumplir la finalidad de estar al día en la obligación alimentaria, por lo cual se pueda concluir que no es necesaria dicha limitación en la exigencia de otros derechos del padre hacia el niño.

Por todo lo anterior, se considera que existe una desigualdad de trato respecto del padre que, teniendo la custodia y el cuidado personal, puede ejercer otros derechos, frente al padre que estando en deuda no pueda exigir los otros derechos derivados de la patria potestad. Resulta desproporcionado lo señalado por el inciso 9º del artículo 129 sobre: "ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella" del código de infancia y adolescencia, toda vez que a la final se termina afectando el interés superior del niño, se omite la prevalencia de sus derechos ya que existen otros medios para garantizar la obligación alimentaria. Por eso de manera comedida se solicita a la Honorable Corte declarar inexecutable el apartado de la norma demanda por las razones expuestas.

II. CONCLUSIÓN

1. En virtud lo anteriormente expuesto, el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre, le solicita a la H Corte Constitucional que el aparte señalado "ni en ejercicio de otros derechos sobre él o ella" se declare **INEXEQUIBLE**.

De los Honorables Magistrados,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN

C.C. 79356668 de Bogotá.

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.

Correo: jkbv@hotmail.com



GUSTAVO ALEJANDRO CASTRO ESCALANTE

C.C. 1.010.172.614 de Bogotá

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Docente del Área de Derecho Privado

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel. 3004484776.

Correo: galejandrocastro@hotmail.com

MIGUEL ANGEL ALVAREZ PEREZ

C.C. 1.0103.683.744 de Bogotá

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Estudiante de Derecho

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso. Cel.3057212932.

Correo: miquela-alvarezo@unilibre.edu.co