



## Sentencia 256 de 2008 Corte Constitucional

SENTENCIA C-256/08

Referencia: expediente D-6859

UNIDAD NORMATIVA-Hipótesis de integración/INTEGRACION DE UNIDAD NORMATIVA-Procedencia

En el presente caso, la expresión "cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre", contenida en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, no tiene un contenido deóntico claro que pueda ser comprendido sin necesidad de acudir a otros elementos presentes en el mismo artículo 106 o en otras normas de la Ley 1098 de 2006, siendo necesario examinar cómo definió el legislador tales "circunstancias" y para ello, deben ser valoradas las expresiones "indicios", "situación de peligro" contenidas en el mismo artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, y la frase "la urgencia del caso lo demande", contenida en el numeral 6 artículo 86 de la Ley 1098 de 2006, que regulan la facultad de rescate asignada a los defensores y comisarios de familia, por lo que la Corte procede a integrar la unidad normativa del artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 y, por tanto, a examinar si la figura del allanamiento y rescate, tal como fue diseñada por el legislador en los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006 es constitucional.

INVOLABILIDAD DE DOMICILIO-Significado y alcance

DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO-Protección constitucional/DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO-Carácter relativo/DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE DOMICILIO-Excepciones de origen constitucional y de origen legal

Dentro del régimen general de protección al derecho de inviolabilidad del domicilio, se han reconocido como compatibles con la Carta Política las siguientes excepciones: i) Excepciones constitucionales expresas: a) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia se refugia en domicilio propio; b) Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia huye y se refugia en domicilio ajeno, para lo cual se debe haber requerido previamente al morador; c) El allanamiento ordenado y practicado por los fiscales, de conformidad con lo que establece el artículo 250, numeral 3; ii) Excepciones de origen legal - allanamientos administrativos, practicados por la autoridad señalada en la ley y respetando los requisitos previstos en la misma: a) Para inspeccionar lugares abiertos al público; b) Para cumplir funciones de prevención y vigilancia en actividades sometidas a la inspección, vigilancia e intervención del Estado, por razones de interés general, cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y éstos se efectúen en protección de valores superiores, como la vida o la dignidad humana; c) Para capturar a quien se le haya impuesto (...)pena privativa de la libertad; d) Para aprehender a enfermo mental o peligroso o a enfermo contagioso en desarrollo del principio de solidaridad social y de la protección a la vida e integridad personal de los asociados; e) Para obtener pruebas sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento; f) Para indagar sobre maniobras fraudulentas en las instalaciones de servicios públicos de acueducto, energía eléctrica, teléfonos; g) Para practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía; h) Para examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidentes o calamidad; i) Por razones del servicio - previa autorización del dueño o cuidador del predio rústico cercado; j) Para rescatar menores que se encuentren en situaciones de peligro extremo para su vida e integridad personal, siguiendo el procedimiento previsto en el Código del Menor; k) En establecimientos comerciales e industriales de empresas para impedir que las pruebas de infracciones tributarias fueran alteradas, ocultadas o destruidas como desarrollo legal contenido en el Estatuto Tributario; l) En situaciones de imperiosa necesidad reguladas en el Código Nacional de Policía.

ALLANAMIENTO Y REGISTRO ADMINISTRATIVO-Características/ALLANAMIENTO Y REGISTRO ADMINISTRATIVO-Requisitos *Los requisitos para que estos allanamientos administrativos sean constitucionales son de diverso orden, pero usualmente versan sobre (i) la existencia de un peligro inminente y grave; (ii) que amenaza la vida, la integridad, la seguridad o la salubridad de las personas; y (iii) la existencia de elementos en la regulación demandada que circunscriben el margen decisorio de la autoridad administrativa y permiten un control posterior efectivo ante una autoridad judicial en caso de presentarse excesos o arbitrariedades. Estos requisitos no han sido exigidos cuando se trata de ingresar a (i) lugares abiertos al público, o (ii) cuando el morador del domicilio autoriza el ingreso de las autoridades administrativas.*

ALLANAMIENTO Y REGISTRO ADMINISTRATIVO-Inconstitucional cuando su propósito es la búsqueda de evidencia física para efectos penales.

Los allanamientos administrativos cuya finalidad es la búsqueda de evidencia física para efectos penales, en donde ha desaparecido el elemento de flagrancia, como en el caso del registro o allanamiento concomitante o sucedáneo a la captura del imputado, indiciado, acusado o condenado, se han declarado incompatibles con la Carta.

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE RESCATE PREVISTO EN EL CODIGO DEL MENOR Y EN EL CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA-Diferencias

DEFENSOR DE FAMILIA-Autoridad administrativa competente para ordenar y realizar allanamientos con fines de rescate de menores en situación de peligro/COMISARIO DE FAMILIA-Autoridad administrativa competente para ordenar y realizar allanamientos con fines de rescate de menores en situación de peligro/INSPECTOR DE POLICIA-Competencia subsidiaria para ordenar y realizar allanamientos con fines de rescate de menores en situación de peligro.

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Concepto

PREVALENCIA DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterio adoptado para garantizar los derechos del menor

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA PARA LIMITAR EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO-Límites constitucionales

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado de manera reiterada que la potestad de configuración del legislador al establecer limitaciones a la libertad individual, es una competencia limitada y ha de ser ejercida conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que las limitaciones a los derechos que prevea el legislador en ejercicio de dicha potestad no resulten arbitrarias, máxime cuando puede incidir en el goce de derechos constitucionales, razón por la cual la Corte ha dicho que las limitaciones deben ser adecuadas para lograr el fin perseguido, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de afectación de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, por último, deben ser proporcionales stricto sensu, esto es, que no se afecten excesivamente valores y principios que tengan un mayor peso que el fin constitucional que se pretende alcanzar.

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE RESCATE DE MENOR-Medida encaminada a proteger la vida e integridad personal del menor/ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE RESCATE DE MENOR-Medida adecuada y proporcionada para los fines que persigue

La figura del allanamiento con fines de rescate regulado por los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, se inscribe dentro de la protección del interés superior del menor y en esa medida fue establecida como una medida de naturaleza preventiva, cautelar, orientada a proteger la vida o integridad personal del menor de edad que se encuentre en una situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal, pero en virtud de que solo un peligro grave y una necesidad imperiosa autorizan el régimen excepcional bajo el cual ciertas autoridades administrativas pueden realizar allanamientos, la decisión del defensor de familia o del comisario para allanar un domicilio con el fin de rescatar a un menor no puede quedar al arbitrio del defensor o comisario de familia pues transformaría la figura excepcional del allanamiento administrativo con fines de rescate por parte de las autoridades de familia en una regla de aplicación general y abre la puerta a la arbitrariedad.

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE RESCATE DE MENOR-Circunstancias que dan lugar a la medida/ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE RESCATE DE MENOR-Circunstancia en que procede informe a la Fiscalía

Es posible distinguir tres circunstancias graves que darían lugar al ingreso de los defensores y comisarios de familia a un domicilio ajeno para rescatar a un menor de edad en una situación de peligro que amenace su vida o integridad personal: (i) en eventos de peligro objetivo, tales como incendios, inundaciones, o derrumbes; (ii) cuando el menor solicite auxilio; y (iii) frente a eventos que puedan constituir delitos, en los cuales el menor sea una posible víctima de la conducta delictiva. En las dos primeras circunstancias, se estaría ante hechos que objetivamente muestran que la vida del menor o su integridad personal están ante una situación de peligro grave para su vida o integridad, y frente a las cuales la intervención de las autoridades de familia, es urgente y necesaria, por lo que el medio escogido, el ingreso al domicilio ajeno, resulta no sólo idóneo, sino además necesario para la protección de la vida y la integridad del menor. Además el ingreso se circunscribe al objetivo específico del rescate y no puede desviarse hacia otra finalidad, ni extenderse más allá del tiempo estrictamente indispensable para rescatar al menor, por lo que no resulta desproporcionada la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio ante el mayor peso que constitucionalmente tiene asegurar la protección efectiva y oportuna del menor en peligro. Cosa distinta ocurre cuando la circunstancia que pone en peligro la vida o la integridad del niño, niña o adolescente es la supuesta ocurrencia, al interior de un domicilio, de una conducta delictiva de la que el menor es víctima. En esos eventos no se está ante un elemento externo, objetivamente valorable, sino ante un hecho que llega a conocimiento de las autoridades por denuncias de terceros, cuya seriedad y credibilidad deben ser examinadas antes de proceder al allanamiento con fines de rescate y con miras a darle prelación a la finalidad de protección del menor así como a la primacía de los derechos de los niños como criterio para evaluar la necesidad de la medida de allanamiento con fines de rescate, el defensor o el comisario de familia deberá evaluar si ante la seriedad de los indicios presentados y la urgencia de protección por el peligro para la vida, o la integridad del niño, niña o adolescente, informa al fiscal sobre la posible comisión de un delito en contra de un menor, de tal forma que puedan actuar de manera armónica -y dentro del respectivo ámbito de sus competencias - durante el allanamiento con fines de rescate, o si dada la magnitud del peligro que se deduce razonablemente de los indicios presentados, decide proteger de manera urgente la vida e integridad del menor, realizar el rescate con fines exclusivamente preventivos, e informar posteriormente a la Fiscalía.

ALLANAMIENTO DE DOMICILIO CON FINES DE RESCATE DE MENOR-Procedencia previa la valoración escrita de la situación de peligro en que se fundamenta

Con el fin de evitar abusos y asegurar un control efectivo sobre las decisiones de allanamiento que realicen los comisarios y defensores de familia, es preciso que antes de proceder al allanamiento con fines de rescate haya una valoración juiciosa de la situación de peligro, e indicios serios sobre la existencia y gravedad del peligro, a la luz de las reglas civiles. También es indispensable que dicha valoración sea plasmada por escrito, con el fin de facilitar el control posterior de esa valoración y del procedimiento seguido durante el allanamiento.

Referencia: expediente D-6859

Actor: Bernardo Vanegas Trejos

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 106 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"

Magistrado Ponente:

Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

Bogotá, D.C., once (11) de marzo de dos mil ocho (2008)

LA SALA PLENA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL,

en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y los trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

#### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución, el ciudadano Bernardo Vanegas Trejos demandó el artículo 106 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia."

En el Auto del 25 de julio de 2005, la Corte admitió la demanda de la referencia.

Mediante Auto del 14 de agosto de 2007, la Sala Plena de la Corte Constitucional aceptó el impedimento del Procurador General de la Nación y del Viceprocurador, para emitir concepto en el proceso de la referencia, y se autorizó al Procurador General de la Nación a designar un funcionario de ese despacho para este fin.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

#### II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el artículo con el aparte demandado en el presente proceso resaltado:

LEY 1098 DE 2006

(Noviembre 08)

Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

(...)

Artículo 106. *Allanamiento y rescate.* Siempre que el defensor o el comisario de familia tengan indicios de que un niño, una niña o un adolescente se halla en situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal procederá a su rescate con el fin de prestarle la protección necesaria. Cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre, siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien se lo facilite. Es obligación de la fuerza pública prestarle el apoyo que para ello solicite.

De lo ocurrido en la diligencia deberá levantarse acta.

#### III. LA DEMANDA

El ciudadano Bernardo Vanegas Trejos considera que es aparte demandado vulnera los artículos 28-1 y 250-3 de la Constitución pues "en la práctica, el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 establece una excepción más al principio constitucional de inviolabilidad del domicilio, establecido en el artículo 28 de la Carta Política, lo que es manifiestamente inconstitucional, pues una ley ordinaria no puede modificar, ni complementar, ni adicionar un precepto constitucional, por lo menos, no en una materia tan delicada como lo es aquella que tiene que ver con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio."<sup>1</sup>

A su vez, resalta que la única excepción a la inviolabilidad del domicilio la establece la misma Constitución en su artículo 32. Para el demandante el legislador se extralimitó en sus competencias con lo dispuesto en la norma ya que ésta deja al arbitrio del defensor de familia o del comisario de familia la determinación de cuando allana o no un domicilio.

Sostiene que "resulta verdaderamente inconstitucional decir que un Comisario de familia o un Defensor de familia, podrán practicar un allanamiento (sin orden del funcionario judicial), cuando tengan indicio o simplemente crean que las circunstancias ameritan allanar un domicilio con el objeto de proteger un menor, así sin más ni más,"<sup>2</sup> pues lo anterior vulnera el artículo 28 de la Constitución.

Respecto de la vulneración al artículo 250-3 sostuvo que "la norma constitucional es clara al decir que es función de la Fiscalía General de la Nación dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumplen la Policía Nacional y los demás organismos que señala la ley. El artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, establece una excepción a esta norma, pues según eso, cuando los Comisarios de Familia o

los Defensores de Familia sean enterados, sean avisados de que en un sitio existe un niño, niña o adolescente en situación de peligro que pueda comprometer su vida o integridad personal, ellos podrán tomar sus propias decisiones sin necesidad de recurrir a la Fiscalía General de la Nación quien es la entidad que, por este mandato constitucional, es la encargada de dirigir y coordinar las funciones de policía judicial. En mi criterio, eso no tiene ninguna justificación legal, pues hoy con los avances en los sistemas de comunicación no hay motivo para que ese comisario de Familia o ese Defensor de Familia no ponga en conocimiento inmediato de la Fiscalía General de la Nación y conjuntamente lleven a cabo el procedimiento para la protección del menor."<sup>3</sup>

#### IV. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES

##### 1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

José Oberdan Martínez Robles, en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, interviene en el proceso de la referencia para solicitar que el aparte demandado sea declarado exequible. Las razones de su solicitud se resumen a continuación.

En opinión del representante del ICBF, esta previsión legal cumple con la finalidad constitucional de asegurar que los derechos de los niños prevalezcan efectivamente sobre los demás, en particular, cuando su vida e integridad personales estén en peligro. Por ello afirma, que el segmento acusado permite la *"intervención de los Defensores de Familia o de los Comisarios de Familia para hacer cesar el riesgo en que se encuentre un niño, niña o adolescente que se halle en situación de peligro que comprometa su vida o su integridad personal, autorizando su rescate."*

Para el interviniente, la estructura de la norma asegura que ésta no de lugar a circunstancias arbitrarias, como quiera que exige que el allanamiento solo se produzca (i) *"cuando las circunstancias lo aconsejen"*, y (ii) *"siempre que se le halla negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito, o no haya quien lo facilite,"* y (iii) con la finalidad de proteger la vida e integridad del menor. *"No se trata de una patente de corso, como de manera exagerada lo afirma el demandante, [puesto que] desde una perspectiva finalista la norma demandada se acompasa con los contenidos constitucionales referidos a los niños, a las niñas, los adolescentes y la familia."*

En cuanto al reparo del actor relativo al hecho de que los defensores de familia no son funcionarios judiciales señala que si bien eso es cierto, se trata de servidores públicos encargados de funciones administrativas a quienes el legislador ha encargado de *"funciones que desde el punto de vista material son funciones jurisdiccionales."* En esa medida la disposición resulta compatible con lo que establece el artículo 116 de la Carta.

Resalta el interviniente que la figura del rescate *"se encuentra justificada en razón de ser de una situación de flagrancia, actual, que se presenta contra un menor poniendo en riesgo su vida o su integridad personal,"* y tiene como finalidad la protección del menor, por lo que no se opone a las funciones de policía judicial que consagra el artículo 250 de la Carta, pues será la policía judicial quien recolecte los elementos probatorios y no los cuerpos policiales encargados del rescate.

##### 2. Ministerio del Interior y de Justicia

Amparo Ofelia Vega Albino, actuando como apoderada del Ministerio del Interior y de Justicia, interviene en el proceso de la referencia para solicitar a la Corte Constitucional que el aparte demandado sea declarado exequible con los siguientes argumentos.

En primer lugar señala la interviniente que no es cierto que el legislador hubiera incurrido en una extralimitación de sus funciones al consagrar que el Comisario o el Defensor de Familia puedan practicar el allanamiento cuando tengan indicios de que un niño, niña o adolescente se halle en situación de peligro, en las condiciones y circunstancias reguladas en la norma cuestionada. Para la interviniente la disposición acusada es un desarrollo acorde con el deber constitucional de protección de los niños a cargo del Estado.

Afirma que desde la vigencia del Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) se facultaba al defensor de familia a ordenar el allanamiento cuando se estableciera sumariamente que un menor se encontraba en situación de grave peligro, para proceder a su rescate, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-041 de 1994, y cita los apartes relevantes de dicha sentencia. Resalta la interviniente que en dicha providencia la Corte Constitucional había señalado que la situación contemplada en la norma debía ser excepcionalmente grave, pues de lo contrario sería indispensable obtener el mandamiento judicial de allanamiento. *"La actualidad e inminencia de un daño considerable que afecte la vida o la integridad física del menor, es 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 pruebas con audiencia de la parte contraria, tampoco se aviene con la celeridad que reclama la acción administrativa de su recuperación. (...) Por lo antes dicho, no se vulnera el principio de libertad ni la inviolabilidad del domicilio, puesto que prevalecen los derechos a la vida y la integridad física del niño amenazado. Bienes éstos a los que la Constitución reserva un amparo especial."*

En cuanto a la incompatibilidad de la disposición con lo que establece el artículo 250 de la Carta, la interviniente señala que *"en ciertos eventos resulta admisible que existiendo intereses constitucionales importantes, la ley autorice el registro por parte de autoridades administrativas. Efectivamente, este presupuesto fue el tomado por el legislador, con el propósito de lograr la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, con fundamento en el principio de prevalencia de sus derechos."*

#### V. INTERVENCIONES CIUDADANAS Y DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

## 1. Universidad de los Andes

Miguel Enrique Rojas Gómez, delegado por el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes para intervenir en el proceso de la referencia, solicita a la Corte Constitucional que la norma acusada sea declarada íntegramente ajustada a la Constitución Política, en especial a los artículos 28 y 250 Superiores. A continuación se resumen sus argumentos.

Resalta el interviniente que si bien el domicilio ha sido revestido por la Carta de una inmunidad idéntica a la que se predica de la libertad personal, *"sólo razones de extrema necesidad definidas en la Constitución justifican la preterición del mandamiento escrito de autoridad judicial, ya sea para afectar la libertad o para irrumpir en el domicilio de una persona."*

Afirma el interviniente que el carácter prevalente que tienen los derechos de los niños plantea como interrogante la razonabilidad de sacrificar la protección constitucional del domicilio en aras de asegurar la vida o la integridad del niño que se encuentre en peligro. Frente a este cuestionamiento, el interviniente plantea dos hipótesis para la protección de la vida e integridad del menor en situación de peligro: (i) frente al amparo de la esfera íntima del menor y (ii) frente a la protección del domicilio de otras personas.

Para resolver estas dos hipótesis, el interviniente señala que en virtud del principio del interés superior del menor *"la autoridad debe establecer cuál de los intereses en juego es superior, para preferir su amparo aun en perjuicio de otros intereses del mismo ser, sino es posible garantizarlos a plenitud en forma simultánea. En este orden de ideas, cuando quiera que el legislador se dé a la tarea de regular la protección de los derechos del niño y encuentre tensiones entre unos y otros que hagan imposible su protección simultánea, debe preferir los que sean de superior interés para el individuo."*

*"Como quiera que la disposición cuya constitucionalidad se cuestiona puede plantear una tensión entre la protección del domicilio del menor y la de su vida e integridad personal, induce a determinar cuál de los dos intereses resulta superior para el niño, tarea que no luce difícil si se tiene en cuenta que la vida en su dimensión biológica es el presupuesto de la existencia de los demás derechos. Por ende, lo razonable parece ser la protección inmediata de la vida e integridad del niño, aun cuando sea necesario superar la barrera de protección de su propio domicilio."*

En cuanto a la segunda hipótesis planteada por el interviniente relacionada con la inviolabilidad del domicilio de terceros que tengan el cuidado o custodia del menor frente a la protección de la vida e integridad física del niño la interviniente señaló lo siguiente:

A este propósito importa destacar no sólo el carácter prevalente otorgado por la Constitución a los derechos de los niños, sino además la vigencia de la obligación emanada de la Convención sobre los derechos de los niños (art. 19) de arbitrar los mecanismos idóneos para garantizar la protección inmediata y eficaz de la niñez. Aunque la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás justificaría por sí sola la adopción de una regla que autorice a la autoridad superar la barrera protectora del domicilio cuando de poner a salvo la vida de un niño se trate, sobre todo si lo que se persigue es hacer efectivo el cuidado a que están obligados primeramente las personas que los custodian, la obligación de ofrecer protección inmediata y eficaz, contraída con la comunidad internacional hace pensar que un precepto de semejante tenor luce necesario en orden a garantizar el amparo del niño en situaciones de extrema urgencia, como las que ponen en peligro su vida o integridad física, que hacen imposible obtener previamente una orden judicial.

Como la disposición cuestionada no hace otra cosa que autorizar al defensor de familia o al comisario de familia, autoridades administrativas encargadas de la protección y restablecimiento de derechos de los niños, para allanar el lugar en donde se encuentre el niño cuya vida o integridad estén en peligro, siempre que el morador no se lo permita o no se encuentre presente, responde estrictamente a la necesidad planteada (...) y por consiguiente no puede caber duda de su legitimidad, pues la eventualidad prevista en la ley constituye un verdadero estado de necesidad en presencia del cual incluso la actuación de un particular podría hallar justificación razonable. No parece cuestionable la irrupción de la autoridad (ni tampoco la del particular) en una vivienda que está amenazada de ser consumida en un incendio en cuyo interior se halla un niño, aun en contra de la voluntad de su morador por el hecho de carecer de previa orden judicial.

Agrega la interviniente que dada la similitud de contenidos normativos entre las previsiones del Código del Menor que regulaban la figura del allanamiento con fines de rescate de un menor en situación de peligro y la disposición cuestionada, debe seguirse la misma línea jurisprudencial señalada en la sentencia C-014 de 1994. *De la comparación del contenido de los artículos 43 a 47 del Código del Menor con el artículo 106 del Código de la Infancia y la Adolescencia se advierte claramente su identidad. En ambas regulaciones se autoriza el allanamiento a aquellos eventos en que no se logre la anuencia del morador, y en ambas se limita el objeto del allanamiento al rescate del niño. De modo que los elementos que dieron lugar al pronunciamiento de la Corte que dejó incólume la figura del allanamiento en aras de rescate prevista en el Código del Menor, se conservan íntegramente en la nueva codificación. Por lo que no puede caber duda de su constitucionalidad."*

Finalmente, en cuanto a la supuesta violación del artículo 250 de la Constitución Política, señala la interviniente que *"si bien la actividad encargada por la disposición cuestionada a los defensores y comisarios de familia corresponde a la función de policía, no requiere de la dirección o coordinación de la Fiscalía General de la Nación, dado que esta institución no tiene asignada la competencia de coordinar o dirigir todas las funciones de policía, sino exclusivamente la función de "policía judicial", y es claro que la actividad asignada al defensor o al comisario de familia no encaja tampoco en el concepto de policía judicial."*

## 2. Oficina contra la Droga y el Delito de Naciones Unidas

El Representante de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Aldo Lale-Demoz, intervino para presentar a la Corte Constitucional elementos de juicio adicionales, que según el interviniente, sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada.

En primer lugar, el interviniente recuerda el contenido de los artículos 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 19 y 24.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, instrumentos internacionales vinculantes para Colombia, en los cuales se insta a los Estados a adoptar medidas internas para asegurar la protección efectiva de los derechos de los niños. En ese sentido la norma cuestionada es un desarrollo armónico de esos compromisos internacionales.

En segundo lugar, el interviniente recuerda la sentencia de la Corte Constitucional C-041 de 1994, en donde se declaró la exequibilidad de una norma similar a la cuestionada en este proceso, y señala que dado que los mismos supuestos que dieron lugar a concluir sobre la conformidad de la figura del allanamiento con fines de rescate de menores prevista en el Código del Menor con las normas superiores, se encuentran presentes en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, por lo que la Corte debe llegar a la misma conclusión.

#### VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

La Procuradora Auxiliar para Asuntos Constitucionales, Carmenza Isaza Delgado, en concepto No. 4395A del 10 de octubre de 2007, solicitó a la Corte declarar exequible el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 en lo impugnado. Los fundamentos de su solicitud se resumen a continuación.

En primer lugar, la Vista Fiscal resalta que la disposición cuestionada es un desarrollo armónico del principio de primacía de los derechos de los niños que establece la Constitución. A continuación recuerda que la Corte Constitucional en la sentencia C-041 de 1994, declaró exequible una norma del Código del Menor que autorizaba a los defensores y comisarios de familia a expedir órdenes de allanamiento para proteger a los menores que se encontraran en peligro grave que comprometiera su vida o su integridad física. Afirma que esa doctrina es aplicable a la disposición bajo revisión.

Resalta la representante del Ministerio Público que las condiciones que establece la norma para autorizar que de manera excepcional un comisario o defensor de familia realice un allanamiento con fines de rescate, aseguran que su aplicación no sea arbitraria. *"Existen una serie de condiciones para que un comisario o defensor de familia proceda a efectuar el allanamiento; en primer lugar debe corroborar que confluyan serios indicios de los que se deduzca que un niño, niña o adolescente, se encuentra en situación de peligro que comprometa su vida o su integridad física; por lo que, el límite que impone el legislador no es de poca monta, puesto que está de por medio la vida y la integridad física de los menores, y este primer aspecto en que se enmarca la norma es el fundamento para evitar la arbitrariedad en la toma de decisiones por parte de los funcionarios investidos de esa facultad. Es por tanto, que lo buscado por la disposición legal es que se verifique la imperiosa necesidad de irrumpir en el domicilio sin orden judicial, con el único propósito de garantizar los derechos fundamentales como la vida o la integridad física de los niños. (...) En segundo lugar, se fijan unas condiciones que prácticamente descartan que la misma norma propicie la discrecionalidad absoluta de la medida, dado que el ingreso al domicilio es precisamente porque los moradores lo han impedido, es decir, que por regla general los citados funcionarios deben solicitar el permiso a los habitantes del lugar, que frente a su negativa hacen uso del mecanismo legal de acceder al mismo, pues priman los derechos de los menores sobre este derecho fundamental, debido a las circunstancias comprometedoras de su vida o integridad física. (...) De la misma manera, el allanamiento es admisible en defensa de los derechos fundamentales de los menores, cuando no haya quien facilite el ingreso de los comisarios o defensores de familia al sitio donde se encuentra el menor, por cuanto esta situación, desafortunadamente es de las más recurrentes, constituyéndose en una forma de abandono en el que pueden resultar afectados los derechos a la vida y a la integridad física. (...) Así mismo, con el fin de evitar la arbitrariedad y discrecionalidad absoluta, la norma establece que se debe levantar un acta de lo ocurrido, en la cual es indispensable plasmar las condiciones y circunstancias de manera detallada, fundamentadas en el contenido normativo demandado, que condujeron a que los respectivos funcionarios tomaran decisiones de esa naturaleza."*

Para la delegada de la Procuraduría sí existe una verdadera justificación constitucional para autorizar que los comisarios y defensores de familia puedan ingresar, sin dilaciones que comprometan gravemente los derechos de los niños, al domicilio en donde se encuentre el menor en situación de peligro. *"Piénsese en los domicilios en donde nadie se encuentre como lo dispone la norma impugnada, y permanezcan menores en situación de peligro, aplicando los criterios de razonabilidad y proporcionalidad se acude a un mecanismo expedito de intervenir inmediatamente en el domicilio para salvaguardar los derechos de los menores."*

#### VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

##### 1. Competencia

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como las que se acusan en la demanda que se estudia.

##### 2. Problemas jurídicos

Para el demandante, las expresiones *"cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde esté el niño, niña o adolescente se encuentre,"* y *"no haya quien se lo facilite"* del artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, resultan contrarias a los artículos 28 y 250 de la Carta porque autorizan a funcionarios administrativos  $\frac{3}{4}$  como son los comisarios y defensores de familia  $\frac{3}{4}$  a desconocer la garantía constitucional de la inviolabilidad del domicilio con base en meros indicios que valora el mismo funcionario que realiza el allanamiento, sin ninguna intervención de un funcionario judicial, cuando consideren que un menor de edad se encuentra en una situación de peligro que afecte su vida o su integridad física. Agrega el demandante que la norma legal establece una excepción inconstitucional que es de naturaleza distinta a la expresamente consagrada en la Carta en el artículo 32 Superior.

Por su parte, los intervinientes y la delegada del Procurador General de la Nación, afirman que la norma cuestionada es exequible porque asegura la prevalencia de los derechos de los niños en situaciones de peligro que afecten su vida o integridad física y autoriza, siempre que se den los elementos que establece el artículo 106 cuestionado, realizar el allanamiento únicamente con fines de rescate. Aseguran también que una norma similar ya fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-041 de 1994, por lo cual se debe reiterar la doctrina fijada en dicha sentencia.

Por lo anterior, la Corte Constitucional debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Resulta contrario a la garantía de la inviolabilidad del domicilio (inciso 1 del artículo 28 CP) y a la competencia exclusiva de la fiscalía para realizar allanamientos (numeral 2 del artículo 250 CP, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 03 de 2002), el que el legislador permita que los comisarios y defensores de familia practiquen allanamientos en las circunstancias previstas en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 para rescatar un a menor si las circunstancias lo aconsejan?

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico, en primer lugar se recordará brevemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de inviolabilidad del domicilio. En segundo lugar, como quiera que varios de los intervinientes proponen que se siga la línea jurisprudencial de la sentencia C-041 de 1994, se examinará si dados los cambios del contexto normativo ocurridos desde es sentencia, es posible reiterar esa jurisprudencia. En tercer lugar, como el asunto bajo estudio plantea una colisión de derechos, se hará una breve referencia a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y dado que el contexto de aplicación de estos principios está íntimamente relacionado con interés superior del menor, se recordará brevemente cómo ha sido entendido este criterio de interpretación. Y finalmente, se examinará la constitucionalidad de la norma cuestionada.

### 3. Conformación de la unidad normativa

En el asunto bajo revisión el accionante sólo cuestionó la constitucionalidad de las expresiones "*cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre*" y "*o no haya quien se lo facilite*" contenidas en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, que a su juicio dejan a la discreción de una autoridad administrativa la posibilidad de irrumpir en domicilio ajeno con la excusa de realizar el rescate de un menor de edad que se encuentre en situación de peligro.

No obstante, el accionante no cuestionó los demás elementos normativos de la figura del allanamiento y rescate prevista en el Código de la Infancia y la Adolescencia que permiten comprender con claridad cuándo y cómo fue autorizada por el legislador la práctica de esta medida excepcional. Así, por ejemplo, no se demandaron las expresiones "*indicios*" contenida en el artículo 106 cuestionado y "*cuando la urgencia del caso lo demande*" contenida en el numeral 6 del artículo 86 de la Ley 1098 de 2006 que permiten apreciar globalmente el estándar probatorio que fundamenta el allanamiento y rescate. Tampoco fue cuestionada la definición de "*situación de peligro*" que determina la necesidad de aplicación de esta medida excepcional.

Según la doctrina de esta Corporación, la integración de unidad normativa sólo procede en tres hipótesis y de manera excepcional. Tal como lo ha sostenido esta Corporación:

"(...) excepcionalmente, la Corte puede conocer sobre la constitucionalidad de leyes ordinarias que no son objeto de control previo u oficioso, pese a que contra las mismas no se hubiere dirigido demanda alguna. Se trata de aquellos eventos en los cuales procede la integración de la unidad normativa. Sin embargo, para que, so pretexto de la figura enunciada, la Corte no termine siendo juez oficioso de todo el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia ha señalado que la formación de la unidad normativa es procedente, exclusivamente, en uno de los siguientes tres eventos.

En primer lugar, procede la integración de la unidad normativa cuando un ciudadano demanda una disposición que, individualmente, no tiene un contenido deóntico claro o unívoco, de manera que, para entenderla y aplicarla, resulta absolutamente imprescindible integrar su contenido normativo con el de otra disposición que no fue acusada. En estos casos es necesario completar la proposición jurídica demandada para evitar proferir un fallo inhibitorio.

En segundo término, se justifica la configuración de la unidad normativa en aquellos casos en los cuales la disposición cuestionada se encuentra reproducida en otras normas del ordenamiento que no fueron demandadas. Esta hipótesis pretende evitar que un fallo de inexecutable resulte inocuo.

Por último, la integración normativa procede cuando pese a no verificarse ninguna de las hipótesis anteriores, la norma demandada se encuentra intrínsecamente relacionada con otra disposición que, a primera vista, presenta serias dudas de constitucionalidad. En consecuencia, para que proceda la integración normativa por esta última causal, se requiere la verificación de dos requisitos distintos y concurrentes: (1) que la norma demandada tenga una estrecha relación con las disposiciones no cuestionadas que formarían la unidad normativa; (2) que las disposiciones no acusadas aparezcan, a primera vista, aparentemente inconstitucionales. A este respecto, la Corporación ha señalado que "es legítimo que la Corte entre a estudiar la regulación global de la cual forma parte la norma demandada, si tal regulación aparece prima facie de una dudosa constitucionalidad" (Sentencia C-320/97 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

"Salvo los tres casos mencionados, no es conducente, de ninguna manera, la integración de la unidad normativa."<sup>4</sup>

En el presente caso, la expresión "*cuando las circunstancias lo aconsejen practicará allanamiento al sitio donde el niño, niña o adolescente se encuentre*", contenida en el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006", no tiene un contenido deóntico claro que pueda ser comprendido sin necesidad de acudir a otros elementos presentes en el mismo artículo 106 o en otras normas de la Ley 1098 de 2006. En efecto, para

determinar si la facultad conferida por el legislador al defensor o comisario de familia para allanar un domicilio ajeno cumple con los requisitos constitucionales reseñados en la sección 3 de esta sentencia, es necesario examinar cómo definió el legislador tales "*circunstancias*" y para ello, deben ser valoradas las expresiones "*indicios*", "*situación de peligro*" contenidas en el mismo artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, y la frase "*la urgencia del caso lo demande*", contenida en el numeral 6 artículo 86 de la Ley 1098 de 2006, que regulan la facultad de rescate asignada a los defensores y comisarios de familia, y que establece:

Artículo 86. *Funciones del comisario de familia*. Corresponde al comisario de familia: (...)

6. Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande.

Por lo anterior, procede la Corte a integrar la unidad normativa del artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 y, por tanto, a examinar si la figura del allanamiento y rescate, tal como fue diseñada por el legislador en los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006 es constitucional.

4. La protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio

3.1. El artículo 28 de la Carta establece en su inciso 1 que "*Nadie puede ser molestado en su persona o familia, (...) ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.*" Sobre este derecho la Corte ha señalado que (i) es "*un derecho que goza de protección del Estado y que, al mismo tiempo, hace parte del núcleo esencial de los derechos a la intimidad personal y familiar (artículo 15), a la libertad y seguridad individual y la propiedad de las personas (artículo 58 de la Constitución).*"<sup>5</sup> (ii) su objeto "*es el de proteger los ámbitos en los que se desarrolla la intimidad o privacidad de la persona;*"<sup>6</sup> (iii) "*tiene un carácter relativo y que, por consiguiente, puede ser limitado en razón de proteger otros derechos y valores con gran relevancia constitucional;*" (iv) está sometido a una estricta reserva legal, como quiera que además de las excepciones expresamente consagradas en los artículos 32<sup>7</sup> y 250<sup>8</sup> de la Carta, solo el legislador tiene la competencia para determinar expresamente los motivos que facultan la realización de allanamientos y registros a un domicilio;<sup>9</sup> y (v) comprende la protección de "*además de los lugares de habitación, todos aquellos espacios cerrados, en donde las personas desarrollan de manera inmediata su intimidad y su personalidad mediante el libre ejercicio de su libertad.*"<sup>10</sup>

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución, son tres los requisitos exigidos a las autoridades para registrar su domicilio: (i) la existencia de un mandamiento escrito de autoridad judicial competente; (ii) el respeto a las formalidades legales y (iii) la existencia de un motivo previamente definido en la ley.<sup>11</sup> El cumplimiento de estos tres requisitos ha sido valorado por la Corte Constitucional al examinar normas que limitan el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Como excepciones a este régimen de orden judicial previa para el ingreso a domicilio ajeno, la Carta establece expresamente dos: (i) en el artículo 32 Superior, que permite el ingreso "*de los agentes de la autoridad*" al domicilio donde se refugia el delincuente sorprendido en flagrancia;<sup>12</sup> y (ii) en el artículo 250, numeral 3, que autoriza a los fiscales a ordenar y practicar allanamientos, con control posterior por parte del juez de control de garantías.<sup>13</sup>

3.2. Fuera de estas dos excepciones, el artículo 28 de la Carta ha autorizado al legislador a establecer otros motivos por los cuales se podría ingresar a domicilio ajeno. Sobre este tipo de medidas, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre su exequibilidad.

En la sentencia C-041 de 1994, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional declaró ajustadas a la Carta varias disposiciones del Código del Menor que autorizaban a los defensores y comisarios de familia a realizar allanamientos para rescatar menores que se encontraran en situaciones de peligro extremo.<sup>14</sup> Lo que dijo entonces esta Corporación será citado en extenso, no solo porque los intervinientes consideran que es un precedente aplicable, sino porque en dicha sentencia la Corte efectuó un análisis cuidadoso de (i) la colisión de derechos y (ii) de las condiciones en las cuales el rescate como medida preventiva de protección no requiere de la intervención previa de autoridad judicial:

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.

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. (Resaltado agregado al texto)

En 1999, en la sentencia C-505 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero la Corte declaró exequible una norma del Estatuto Tributario<sup>15</sup> que autorizaba a la DIAN a ordenar el registro de establecimientos comerciales e industriales de empresas para impedir que las pruebas fueran alteradas, ocultadas o destruidas. La Corte concluyó que, si bien es cierto esos lugares hacían parte del domicilio de la persona jurídica, el derecho a la inviolabilidad del domicilio puede ser limitado para alcanzar una finalidad constitucional importante. Así explicó la Corte:

"el amparo a la inviolabilidad del domicilio y al derecho a la privacidad de los contribuyentes obliga a que el juez constitucional proteja el contenido básico de estos derechos. Por lo tanto, la Corte considera que las intromisiones al lugar de trabajo y a los establecimientos del comerciante deben obedecer a razones que se encuentren claramente vinculadas a las funciones legales de la DIAN para combatir el incumplimiento de las obligaciones tributarias. De ahí pues que la motivación del acto administrativo que autoriza la diligencia debe justificar suficientemente las razones que conducen a tomar la decisión del registro y debe precisar igualmente su ámbito material, el cual debe estar directamente vinculado al objeto de la investigación tributaria. Esto significa que una interpretación razonable de la disposición acusada permite deducir que aquella sólo autoriza a requerir los datos económicos que son necesarios y que tienen relación directa con la declaración e investigación tributaria, y sólo autoriza a la DIAN a examinar los documentos que razonablemente se pueda pensar que tienen efectos fiscales. En efecto, la norma acusada podría entonces permitir una vulneración de la vida privada de los contribuyentes si se interpreta en el sentido de que la DIAN puede ordenar esos registros sin que existan razones objetivas que sustenten la decisión, y que además esa autoridad puede examinar todo tipo de documentos que se encuentren en un establecimiento comercial, incluso correspondencia puramente privada. Por consiguiente, debe entenderse que la facultad de la DIAN para registrar las oficinas del contribuyente impone el deber de abstención de la administración frente a los datos irrelevantes o impertinentes a la investigación fiscal"<sup>16</sup>.

Más recientemente, en la sentencia C-176 de 2007, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional declaró exequible una norma del Código Nacional de Policía que autorizaba a "la policía" a penetrar en los domicilios ajenos sin mandamiento escrito de autoridad judicial y sin el permiso del morador del domicilio, en situaciones de "imperiosa necesidad".<sup>17</sup> Dijo la Corte lo siguiente, analizando cuidadosamente las condiciones en las cuales cabe limitar la garantía de la orden judicial previa para practicar allanamientos:

35. (...) el derecho a la inviolabilidad de domicilio no sólo tiene amplia protección estatal sino también que tiene un carácter relativo y que, por consiguiente, puede ser limitado en razón de proteger otros derechos y valores con gran relevancia constitucional. Precisamente, para proteger este derecho-libertad de las "injerencias arbitrarias o abusivas", el Constituyente lo rodeó de garantías especiales para que su limitación obedezca a razones objetivas y suficientemente sólidas para evitar el abuso de poder. Una de esas garantías es la orden judicial para que las autoridades adelanten registros o allanamientos sin el consentimiento del titular del derecho, puesto que al juez corresponde evaluar, con criterios de imparcialidad y objetividad, la existencia de motivos previamente definidos en la ley que autoricen la limitación del derecho. De esta manera, la intervención judicial aparece como un mecanismo preventivo que se dirige a proteger el derecho a la inviolabilidad del domicilio, en tanto que se parte de la base de que la autorización del juez está limitada a la verificación de hechos y de reglas jurídicas de obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, al igual que para la restricción del derecho a la libertad, los artículos 32 y 250 de la Constitución también consagran excepciones a la regla general de garantía de la orden judicial para autorizar los allanamientos o registros, sin que exista autorización del juez competente o de sus moradores. Así, será legítima la penetración al domicilio sin orden judicial cuando, para impedir la captura, el delincuente sorprendido en flagrancia se refugie en su propio domicilio (artículo 32) y cuando la Fiscalía adelante registros o allanamientos indispensables para obtener pruebas relevantes en la investigación penal (artículo 250, numeral 2º). De todas maneras, en los dos casos de excepción se requiere el control del juez con funciones de control de garantías de las diligencias adelantadas, para efectos de verificar su legalidad.

(...)

En consecuencia, es posible concluir que la rigurosa garantía de orden judicial previa a las diligencias de registro y allanamiento del domicilio puede limitarse por el legislador en casos excepcionales cuando un derecho fundamental se encuentra en grave o inminente peligro, en cuyas situaciones la autoridad administrativa autorizada por la ley para ordenar la medida debe ajustarse al objetivo de la medida (protección del derecho fundamental afectado o cumplimiento de un deber constitucional), debe ser necesaria, razonable y proporcional a la finalidad que persigue.

(...)

38. En el caso objeto de análisis se tiene que la norma demandada regula situaciones en las que la Policía Nacional puede penetrar domicilios, sin mandamiento de autoridad judicial, "*cuando fuere de imperiosa necesidad*". A diferencia de un caso anterior en donde la Corte declaró la inexecutable de registros administrativos por encontrar ambiguo el concepto que generaba la situación de excepción y, por ende, dejaba un amplio margen de discrecionalidad en la toma de decisión a la autoridad policiva<sup>18</sup>; en esta oportunidad, la propia norma acusada no sólo establece, de manera taxativa, las situaciones en las que se autoriza el allanamiento por "*imperiosa necesidad*", sino que muestra la excepcionalidad de la medida y la condiciona a situaciones extremas de inexcusable intervención policiva. De hecho, el significado usual<sup>19</sup> de la expresión muestra que las autoridades de policía solamente están autorizadas a aplicar la norma demandada en casos límite, esto es, en situaciones extremas que requieren la intervención urgente y obligatoria de aquellas autoridades para preservar los derechos o intereses que se encuentran en grave riesgo de afectarse.

Entendido, entonces, que las excepciones previstas en el artículo 83 del Código de Policía deben interpretarse, todas, en el contexto general de la disposición que se refiere a situaciones que deben valorarse de acuerdo con su naturaleza taxativa, urgente, extrema e indispensable para proteger derechos fundamentales, ahora la Sala entra a estudiar, mediante la técnica de ponderación entre el derecho a la inviolabilidad de domicilio y el interés superior de preservar otros derechos constitucionales, cada uno de los casos regulados en la disposición acusada.

Las situaciones de "*imperiosa necesidad*" que autorizan a la Policía a intervenir domicilios sin decisión judicial previa que lo autorice, son:

1). "*Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio*". A juicio de la Corte, este caso plantea la protección, de un lado, del derecho a la inviolabilidad del domicilio y, de otro, el cumplimiento del deber de obrar conforme al principio de solidaridad social. En efecto, la solicitud de ayuda que un particular hace a la Policía no sólo podría implicar una autorización tácita de ingreso al domicilio, sino el deber de todo ciudadano de responder con acciones humanitarias ante situaciones que ponen en peligro la salud y vida de las personas.

Además de lo anterior, la Sala opina que la excepción a la reserva judicial para penetrar al domicilio de una persona en caso de público auxilio, desarrolla objetivos constitucionalmente válidos, pues concreta el derecho de disposición del titular del domicilio (no debe perderse de vista que el morador es quien solicita la intervención de terceros), el deber de solidaridad de los ciudadanos frente a situaciones de peligro o riesgo a la vida, honra y bienes de los residentes en Colombia y, al mismo tiempo, protege derechos que pueden resultar gravemente afectados al interior del domicilio (artículos 1º, 2º, 11, 16 y 95 de la Carta, entre otros). De igual manera, la Corte considera que esa restricción a la garantía de inviolabilidad del domicilio resulta adecuada y necesaria para proteger otros derechos fundamentales, tales como la vida, salud e integridad de las personas cuyo socorro se implora públicamente, como quiera que la intervención de terceros puede resultar útil y adecuada para la protección de personas que se encuentran indefensas al interior de una residencia. Finalmente, la Corte considera que la medida es *proporcional stricto sensu*, en tanto que el ingreso de la Policía, sin orden judicial previo, al domicilio de quien solicita auxilio públicamente no es de tal magnitud que anule el derecho a la inviolabilidad de domicilio, puesto que una de las principales características de ese derecho es la facultad de disposición del titular y su naturaleza relativa frente a la protección de otros derechos también de rango superior. De ahí que, en casos de extrema necesidad valorada por quien se encuentra al interior del domicilio, autoriza la intervención de la policía, sin orden judicial previa. En consecuencia, la Sala encuentra que esa situación no sólo no viola la Constitución sino que la desarrolla.

2). "*Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro*" o, 3) "*para dar caza a animal rabioso o feroz*". Al igual que la situación anterior, el ingreso al domicilio en estas circunstancias implica una acción humanitaria ante una situación que pone en peligro la vida o la salud, no solamente del morador de la vivienda, sino de la comunidad en la que se encuentra. De ahí que esas autorizaciones responden al deber constitucional que se impone a todos los ciudadanos y al imperativo superior de las autoridades de proteger la vida, honra, bienes, derechos y libertades de los ciudadanos (artículos 95 y 2º de la Carta). De igual manera, la Sala encuentra que la urgencia con que se requiere la medida avala la excepción a la reserva judicial, pues resulta adecuada, razonable y proporcional para la defensa de los derechos fundamentales y colectivos.

4). "*Para proteger los bienes a personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas*". La interpretación literal de esa disposición muestra que la autorización a la Policía de ingreso a la morada sin orden judicial responde a una típica actuación de policía que se dirige a mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y para asegurar la convivencia pacífica de los ciudadanos. Ahora, además de que esa medida desarrolla objetivos constitucionalmente válidos, la Sala considera que resulta necesaria, adecuada y proporcional para la defensa de los derechos y libertades ciudadanas.

5). "*Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos*".

40. A pesar de que, a primera vista, podría considerarse que esa disposición es ambigua o confusa que le permitiría a la Policía amplia discrecionalidad en la valoración de la situación, lo cual podría resultar contrario a la Constitución, la lectura detenida de la misma muestra que ésta también regula situaciones extremas, definidas y de urgente reacción por parte de las autoridades de policía. En efecto, el texto normativo objeto de análisis se refiere a casos en los que, aprovechándose de la protección física que otorgan las construcciones y el amparo jurídico al

domicilio, ciertas personas emprenden ataques contra personas u objetos que se encuentran al exterior de la edificación. En otras palabras, la autorización a la Policía para ingresar al domicilio sin orden judicial previa responde a la "*imperiosa necesidad*" de impedir la utilización indebida de la fuerza o el uso desmedido, caprichoso o arbitrario del derecho a la inviolabilidad del domicilio que pone en riesgo derechos materiales e inmateriales de las personas, que surge *prima facie* o salta a la vista con la sencilla constatación de los hechos.

Como puede verse, entonces, esa disposición regula una clara situación de límite al abuso del derecho a la inviolabilidad del domicilio, pues si bien es cierto que el titular de este derecho está amparado por las normas constitucionales que lo reconocen y que se imponen frente a los particulares y a las autoridades públicas, no es menos cierto que dicha protección no se hace efectiva cuando se abusa del mismo porque la Constitución salvaguarda su uso, pero no su abuso (artículo 95, numeral 1º, de la Carta). De esta forma, la Sala encuentra que, en aras de proteger derechos constitucionales que resultan afectados por el ejercicio arbitrario del derecho a la inviolabilidad del domicilio, éste debe ceder y debe limitarse con la intervención inmediata y urgente de la policía, por lo que la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio resulta adecuada, necesaria y proporcional para la protección de otros derechos de rango constitucional.

De todas formas, cabe advertir que, en todos estos casos excepcionales de penetración al domicilio sin orden de autoridad judicial competente y, de conformidad con la ley aplicable, es necesario dejar constancia escrita de la actuación no sólo para que el juez competente pueda ejercer el control de legalidad de la actuación sino también para que se adelante el control penal y disciplinario correspondiente en casos de exceso o de abuso de poder.

Finalmente, según criterio de la Sala, las situaciones de necesidad extrema a que hace referencia la norma acusada y que, por ello, se justifica constitucionalmente la intervención de la policía sin orden judicial previa, no requiere la autorización del morador, tal y como lo entendió el Ministerio Público en este asunto, por dos razones principales:

La primera, porque la excepcionalidad que plantean todas las situaciones previstas en el artículo 83 del Decreto 1355 de 1970, requieren la rápida y urgente reacción de la policía, que en caso de que se exijan medidas previas, su intervención resultaría inane. Piénsese en un caso de incendio o de inundación que se propagan rápidamente, o en situaciones de indefensión del mismo propietario, poseedor o tenedor del inmueble, o en casos de daños producidos por animales bravíos o por personas que se encuentran al interior del domicilio, o de personas inocentes que resultan agredidas por hechos producidos desde una morada (en aquellos casos en los que desde el interior de una residencia se lanzan artefactos que dañan personas o bienes de terceros). En todas esas situaciones, la autorización del morador resultaría un obstáculo para la defensa urgente de sus propios intereses.

La segunda, porque el carácter relativo del derecho a la inviolabilidad del domicilio encuentra un claro desarrollo en aquellas situaciones extremas en las que debe ceder para que las autoridades públicas se encuentren en capacidad de proteger los derechos a la vida, integridad física, a la propiedad y a la empresa de una persona. De hecho, no tendría sentido exigirle a las autoridades que cumplan el deber de proteger la vida, honra y bienes de los ciudadanos si no pueden acudir a su solicitud de auxilio (numeral 1), o si no pueden ingresar a su domicilio cuando se está destruyendo (numeral 2 y 3) o existe grave riesgo de que el titular del derecho a proteger pierda sus pertenencias (numeral 4), o cuando existen agresiones o se utiliza abusivamente la inviolabilidad del domicilio para afectar derechos de terceros (numeral 5). (Subrayas agregadas al texto)

De otra parte, en el ámbito penal, la Corte ha examinado varias disposiciones de los Códigos de Procedimiento Penal que regulan la figura del allanamiento judicial. En ese sentido, la sentencia C-657 de 1996, MP: Fabio Morón Díaz,<sup>20</sup> la Corte Constitucional declaró exequibles los artículos del Código de Procedimiento Penal que regulaban los requisitos para la realización del allanamiento, el allanamiento sin orden judicial escrita y los allanamientos especiales a lugares amparados por inmunidad diplomática. Dijo entonces la Corte:

La Corporación, en la sentencia que se acaba de citar, puntualizó que para el registro del domicilio son tres los requisitos exigidos a las autoridades; a saber: la existencia de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, el respeto a las formalidades legales y un motivo previamente definido en la ley.

De estos requisitos, según la jurisprudencia, se desprenden las siguientes consecuencias: el respeto al debido proceso que debe presidir la expedición de una orden de allanamiento y su práctica, la reserva legal pues sólo la ley puede establecer los eventos en los cuales es posible el registro del domicilio y por último, una reserva judicial ya que una orden de esta naturaleza proviene, según el nuevo ordenamiento constitucional, exclusivamente de las autoridades judiciales y cabe aclarar que, en el ámbito penal, esas autoridades son la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, las Salas Penales de los Tribunales Superiores, los jueces de la República en lo penal, la Fiscalía General de la Nación y el Senado cuando ejerce las funciones de juzgamiento.

Empero, el régimen constitucional que, tratándose de la inviolabilidad del domicilio, impone la reserva judicial, es exceptuado por la misma Carta en dos hipótesis: las situaciones de detención preventiva administrativa y de flagrancia. Así, conforme al artículo 32 superior, si la persona sorprendida en flagrancia se refugiere en su propio domicilio, los agentes de la autoridad podrán penetrar en él para el acto de aprehensión. Y, si se refugiere en domicilio ajeno los agentes de la autoridad podrán penetrar sin necesidad de orden judicial pero previo requerimiento al morador.

"La flagrancia -explica la Corte- se refiere a aquellas situaciones en donde una persona es sorprendida y capturada en el momento de cometer un hecho punible o cuando es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que momentos antes ha cometido un hecho punible".<sup>21</sup>

El artículo 343 del Código de Procedimiento Penal preceptúa que "cuando hubiere serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o

aeronave se encuentre alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución el funcionario judicial ordenará en providencia motivada, el correspondiente allanamiento y registro".

El inciso segundo de este artículo señala que "la providencia a que se refiere el inciso anterior no requiere notificación" y es acusado por el demandante, quien estima que esa providencia, al no ser notificada, no es susceptible de control mediante el ejercicio de los respectivos recursos.

No comparte la Corte estas apreciaciones porque la efectividad de la diligencia se vería seriamente comprometida si tuviera que procederse a notificar la providencia que la adopta y a surtir el trámite de unos recursos. Como lo anota el Procurador General de la Nación el allanamiento "devendría inane en el evento de notificar su realización, pues es precisamente el factor sorpresa el elemento que hace parte de su ontología y que garantiza su éxito".

No significa lo anterior la absoluta falta de controles sobre la diligencia que, según el transcrito artículo 343 del C. de P.P., opera cuando "haya serios motivos", frase que es indicativa de la ocurrencia indispensable de motivos fundados que por serlo, excluyen la arbitrariedad y abren la posibilidad al ejercicio de los controles provenientes por ejemplo, de los organismos de vigilancia y control del Estado y aún de los superiores del funcionario que procede a su práctica. Las simples sospechas que no permitan inferir objetivamente la configuración de los supuestos que la norma acusada consagra, no sirven de base para la adopción de la medida.

Fuera de lo anterior, se tiene que la decisión de efectuar el allanamiento es adoptada "por funcionario judicial" y mediante "providencia motivada", lo que es indicativo de la observancia cabal de los requisitos constitucionales a los que se aludió más arriba.

De otra parte, el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, preceptúa que "salvo casos de flagrancia el Fiscal o un delegado suyo debe estar presente en los allanamientos", los apartes subrayados son cuestionados por el actor debido a que, en su criterio, aún en los casos de flagrancia, el fiscal debe estar presente y a que no se encuentra facultado para delegar esta función.

La flagrancia corresponde a una situación actual que torna imperiosa la actuación inmediata de las autoridades, cuya respuesta pronta y urgente impide la obtención previa de la orden judicial para allanar y la concurrencia del fiscal a quien, en las circunstancias anotadas, no podría exigírsele que esté presente, ya que de tenerse su presencia por obligatoria el aviso que debería cursársele impediría actuar con la celeridad e inmediatez que las situaciones de flagrancia requieren, permitiendo, de ese modo, la reprochable culminación de una conducta delictiva que pudo haber sido suspendida merced a la penetración oportuna de la autoridad al lugar en donde se desarrollaba, o la evasión del responsable, situaciones éstas que se revelan contrarias a la Constitución Política que en su artículo 32 autoriza a las autoridades policiales y sólo a ellas, para allanar un domicilio sin orden judicial, en hipótesis como la analizada.

En cuanto a la presencia de un delegado del Fiscal en las diligencias de allanamiento, la Corte considera que esta previsión tiene asidero en las funciones que el artículo 250 de la Constitución encarga a la Fiscalía General de la Nación que, de acuerdo con la Corte son distintas de las que atañen al Fiscal General de la Nación en los términos del artículo 251 superior. "Debe repararse -enseña la Corte- que la Constitución distingue claramente las funciones de la Fiscalía General de la Nación de las del Fiscal General de la Nación. Las primeras, contempladas en el artículo 250 superior, comprometen a todos los funcionarios de esa entidad, incluyendo al señor Fiscal. En cambio, las segundas, señaladas en el artículo 251 citado, obligan únicamente al señor Fiscal General de la Nación y no a sus subalternos. Esta diferenciación entre atribuciones del órgano y responsabilidades de un funcionario específico, es lo que permite que jurídicamente, en este caso, se puedan delegar los primeros y tenga que asumir personal y directamente las segundas."

En cuanto al allanamiento especial previsto en el artículo 345 del Código de Procedimiento Penal, la Corte considera acertadas las apreciaciones del señor Procurador General de la Nación en el sentido de que por recaer la orden de allanamiento "sobre bienes muebles e inmuebles sometidos por virtud del principio de extraterritorialidad de la ley a una jurisdicción extranjera que los hace inmunes al ordenamiento del país en que se encuentren, no obstante hallarse en territorio extranjero, deben respetarse los trámites previstos en la disposición censurada de conformidad con lo preceptuado por el derecho internacional y los tratados idem ratificados por Colombia".

En la sentencia C-519 de 2007, MP: Nilson Pinilla Pinilla, la Corte declaró inexecutable el numeral 4° del artículo 230 de la Ley 906 de 2004, que establecía como excepción al requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento, el que este fuera realizado de manera concomitante o sucedánea de la captura.<sup>22</sup> La Corte Constitucional señaló lo siguiente:

4.4. En efecto, la disposición impugnada no se refiere a los casos en que se puede practicar un registro domiciliario para aprehender a la persona sorprendida en flagrancia o afectada con orden de detención, que luego de la persecución se refugia en su domicilio, sino que aquí se establece un procedimiento contrario, en el cual la Policía Judicial, sin orden escrita de la Fiscalía, del juez de control de garantías o de otra de las autoridades judiciales aludidas en precedencia, quedaría autorizada para llevar a cabo un registro con posterioridad a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin que para el efecto se requiera nada más.

Siendo ello así, la norma acusada no sólo desconoce la reserva judicial que impone la preexistencia de mandato escrito de autoridad judicial competente para llevar a cabo esta clase de diligencias, sino que, además desconoce el carácter excepcional de las medidas judiciales que restringen derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional, para el caso la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, pues se prescinde de la orden del legítimo competente, así haya tiempo y medios para pedirla.

4.5. Tal como lo afirma la Procuraduría, si la regla general es el respeto por la intimidad y la inviolabilidad del domicilio y la Constitución permite

de forma excepcional la afectación de esos derechos mediante orden escrita de las autoridades judiciales competentes, con el fin de garantizar la recta administración de justicia y de este modo preservar un orden social justo, es evidente que una disposición legal que ignore los requisitos constitucionales para la imposición de esta clase de intromisiones se opone a su carácter excepcional y restrictivo, en la medida que amplía las posibilidades de violar los espacios íntimos de las personas.

4.6. Como corolario de lo expuesto, puede afirmarse que la Constitución Política de Colombia, con especial énfasis por encontrarlo ligado a la libertad personal, protege de manera específica el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, de tal manera que queda el Estado con restricciones precisas para que sus autoridades puedan penetrar en él. Así, salvo la precisa excepción constitucional que se ha comentado, se exige que el motivo se defina previamente por el legislador; que la autoridad judicial profiera la orden de registro o allanamiento con estricta sujeción a las causales señaladas por la ley y que la autoridad que practique el registro o allanamiento domiciliario lo realice con rigurosa sujeción a los procedimientos legalmente fijados.

Esa autoridad judicial, durante la fase de investigación del proceso penal será el juez de control de garantías como regla general y sólo de manera excepcional la Fiscalía General de la Nación, cuando existan motivos específicos, previstos por la ley, para que pueda hacer uso de esa atribución; no "*para que la Policía Judicial pueda adelantar un registro y allanamiento*", omitiendo la "*obtención de la orden escrita de la Fiscalía*", como anuncia el inciso 1° del artículo 230 cuyo numeral 4° se ha demandado.

Ello significa, entonces, que autorizar la ley a la Policía Judicial para practicar registros o allanamientos previos, concomitantes o con posterioridad<sup>23</sup> a la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, sin la orden escrita de la Fiscalía General de la Nación, permite una injerencia indebida de quienes integran la policía judicial en la esfera jurídica privada de los habitantes del país, pues pueden ser sorprendidos con un registro y allanamiento de su domicilio, decidido no por la Fiscalía General de la Nación, ni por el juez de garantías, sino con amplitud para interpretar su procedencia pretextando que se realiza con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado o condenado, lo que hace nugatoria la garantía constitucional.

4.7. Ello es así, por cuanto la protección de los derechos fundamentales, como principio democrático, preside el ordenamiento constitucional colombiano, emergiendo la inviolabilidad del domicilio como extensión de la libertad personal y rodeándola de un cúmulo de requisitos para que excepcionalmente se pueda afectar con la práctica de un registro o allanamiento, más allá del evento que la Constitución prevé cuando se persigue al sorprendido en flagrante delito.

La Carta Política le impone al legislador el deber jurídico de precisar y concretar aquellas circunstancias en que pueda autorizarse que una autoridad judicial expida la orden de allanamiento o registro domiciliario, para que pueda realizarla la Policía Judicial, que se encuentra al servicio de la Fiscalía y de los jueces, siempre con sujeción a la ley.

En la norma acusada, como se advierte fácilmente, ni existe el motivo preciso señalado en la ley, ni media la orden escrita del juez o la Fiscalía General de la Nación; sólo se autoriza a unos servidores públicos puestos al servicio de una autoridad judicial, para decidir si practican este tipo de diligencias, como se desprende de la redacción del numeral 4° del artículo 230 de la Ley 906 de 2005, que como consecuencia de lo expuesto riñe abiertamente con la Constitución Política y debe declararse inexecutable por la Corte.

De conformidad con lo anterior, dentro del régimen general de protección al derecho de inviolabilidad del domicilio, se han reconocido como compatibles con la Carta Política las siguientes excepciones:

(i). Excepciones constitucionales expresas:

- a. Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia se refugia en domicilio propio (artículo 32 CP);
- b. Para capturar al delincuente que al ser sorprendido en flagrancia huye y se refugia en domicilio ajeno, para lo cual se debe haber requerido previamente al morador (artículo 32 CP);
- c. El allanamiento ordenado y practicado por los fiscales, de conformidad con lo que establece el artículo 250, numeral 3.

(ii). Excepciones de origen legal - allanamientos administrativos, practicados por la autoridad señalada en la ley y respetando los requisitos previstos en la misma:

- a. Para inspeccionar lugares abiertos al público;<sup>24</sup>
- b. Para cumplir funciones de prevención y vigilancia en actividades sometidas a la inspección, vigilancia e intervención del Estado, "*por razones de interés general*", "*cuando la ley haya habilitado a ciertas autoridades administrativas a ordenar esos registros y éstos se efectúen en protección de valores superiores, como la vida o la dignidad humana*";<sup>25</sup> como por ejemplo por motivos de salubridad pública;
- c. Para "*capturar a quien se le haya impuesto (...) pena privativa de la libertad*";<sup>26</sup>
- d. "*Para aprehender a enfermo mental o peligroso o a enfermo contagioso*" en desarrollo del principio de solidaridad social y de la protección a la vida e integridad personal de los asociados;<sup>27</sup>
- e. Para obtener pruebas "*sobre la existencia de casas de juego o establecimientos que funcionen contra la ley o reglamento*";<sup>28</sup>
- f. Para indagar sobre "*maniobras fraudulentas en las instalaciones de servicios públicos de acueducto, energía eléctrica, teléfonos*";<sup>29</sup>

- g. Para "practicar inspección ocular ordenada en juicio de policía,"<sup>30</sup>
- h. Para "examinar instalaciones de energía eléctrica y de gas, chimeneas, hornos, estufas, calderas, motores y máquinas en general y almacenamiento de sustancias inflamables o explosivas con el fin de prevenir accidentes o calamidad."<sup>31</sup>
- i. Por razones del servicio - previa autorización del dueño o cuidador del predio rústico cercado;<sup>32</sup>
- j. Para rescatar menores que se encuentren en situaciones de peligro extremo para su vida e integridad personal, siguiendo el procedimiento previsto en el Código del Menor.<sup>33</sup>
- k. En establecimientos comerciales e industriales de empresas para impedir que las pruebas de infracciones tributarias fueran alteradas, ocultadas o destruidas como desarrollo legal contenido en el Estatuto Tributario;<sup>34</sup>
- l. En situaciones de "imperiosa necesidad" reguladas en el Código Nacional de Policía.<sup>35</sup>
- i. "Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio" situación en la que se entiende que hay un consentimiento tácito para el ingreso;<sup>36</sup>
- ii. "Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro" por tratarse de una situación de peligro objetivo;<sup>37</sup>
- iii. "Para dar caza a animal rabioso o feroz", por tratarse de una situación de peligro objetivo;<sup>38</sup>
- iv. "Para proteger los bienes a personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas".<sup>39</sup>
- v. "Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos".<sup>40</sup>

En suma, los requisitos para que estos allanamientos administrativos sean constitucionales son de diverso orden, pero usualmente versan sobre (i) la existencia de un peligro inminente y grave; (ii) que amenaza la vida, la integridad, la seguridad o la salubridad de las personas; y (iii) la existencia de elementos en la regulación demandada que circunscriben el margen decisorio de la autoridad administrativa y permiten un control posterior efectivo ante una autoridad judicial en caso de presentarse excesos o arbitrariedades. Estos requisitos no han sido exigidos cuando se trata de ingresar a (i) lugares abiertos al público, o (ii) cuando el morador del domicilio autoriza el ingreso de las autoridades administrativas. En cambio, se han declarado incompatibles con la Carta allanamientos administrativos cuya finalidad es la búsqueda de evidencia física para efectos penales, en donde ha desaparecido el elemento de flagrancia, como en el caso del registro o allanamiento concomitante o sucesáneo a la captura del imputado, indiciado, acusado o condenado.

5. Diferencias entre la figura del allanamiento con fines de rescate, prevista en el Código del Menor, y la consagrada en el artículo 106 del Código de la Infancia y la Adolescencia

Según los intervinientes y la delegada de la Procuraduría, en el asunto bajo estudio se debe seguir la doctrina fijada por la sentencia C-041 de 1994, dada la similitud existente entre la regulación prevista en el Código del Menor y la establecida en el Código de la Infancia y la Adolescencia. Con el fin de determinar si esto es posible, es preciso comparar el contenido normativo y los requisitos establecidos en las dos disposiciones para autorizar el allanamiento con fines de rescate sin orden judicial previa.

La figura del allanamiento con fines de rescate prevista en el Código del Menor, estuvo regulada por los artículos 43 a 37 del Decreto 2737 de 1989. En la Ley de la Infancia y la Adolescencia, el allanamiento con fines de rescate se encuentra regulado en los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006. A continuación se hará examinar las características de la figura bajo los dos ordenamientos teniendo en cuenta su (i) finalidad, (ii) la autoridad competente para practicarlo, (iii) el motivo que da lugar a su aplicación, (iv) la carga probatoria que se debe cumplir, (v) las formalidades, (vi) la mecánica misma del allanamiento, (vii) la posibilidad de suspenderlo si se desvirtúan las razones que la justificaban, y (viii) la forma como debe adelantarse la diligencia del allanamiento con fines de rescate.

En cuanto a la finalidad, el artículo 43 del Decreto 2737 de 1989 establecía que la medida estaba orientada a proteger la vida o la integridad personal del menor de edad que se encontrara en una situación de grave peligro. Por su parte, el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 establece que la medida está orientada a proteger la vida o la integridad personal del menor de edad que se encuentre en una situación de peligro.

La autoridad competente para ordenar y realizar el allanamiento con fines de rescate era, bajo el artículo 43 del Decreto 2737 de 1989, el defensor de familia, a el allanamiento con fines de rescate. Esta diligencia podía ser acompañada por la fuerza pública, quien debía prestar su ayuda en caso de ser necesario. En la Ley de la Infancia y la Adolescencia se asignó expresamente la función de rescate al comisario de familia en el artículo 86, numeral 6 y el artículo 106 de la misma ley, autorizó también al defensor de familia a ordenar y realizar el allanamiento y rescate. Esta diligencia puede ser acompañada por la fuerza pública, quien debe prestar el apoyo que le solicite el defensor o el comisario de familia.

El motivo que daba lugar a la realización del allanamiento con fines de rescate era el que el menor se encontrara en una situación de "peligro grave", definido expresamente en el párrafo del artículo 43 del Decreto 2737 de 1989 como "toda situación en la que se encuentre comprometida la vida o la integridad personal del menor". En la Ley de la Infancia y la Adolescencia, el motivo que da lugar a la realización de esta medida es el que el menor se encuentre en una "situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal."

En cuanto a la carga probatoria que debía cumplirse para la realización del allanamiento con fines de rescate, el artículo 43 del Decreto 2737 de 1989 señalaba que debía "*establecerse sumariamente*" que el menor se encontraba en una situación de grave peligro. En el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 basta que la autoridad administrativa tenga "*indicios*" de que el menor se encuentra en una situación de peligro y "*las circunstancias lo aconsejen*", para proceder a su práctica. Adicionalmente, el artículo 86, numeral 6 de la Ley 1098 de 2006, establece que se realizará el allanamiento y rescate "*cuando la urgencia del caso lo demande*."

El artículo 44 del Decreto 2737 de 1989 establecía como formalidades previas para la realización del allanamiento con fines de rescate, que (a) este fuera ordenado mediante auto, y (b) dicho auto debía ser leído a quien se encontrara en el domicilio antes de proceder al allanamiento. En el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006, sólo señala que debe informarse al ocupante del domicilio sobre el propósito de la diligencia sin establecer ningún procedimiento específico.

En cuanto a la mecánica misma del allanamiento, en el Código del Menor, el allanamiento sólo se practicaba en dos eventos: (a) si no se encontraba persona alguna en el inmueble para comunicarle la diligencia, siempre y cuando no se hubieran desvirtuado los motivos que dieron lugar a que se ordenara su práctica; y (b) cuando luego de leía el acta persistieran los motivos que la originaron. Adicionalmente, en los artículos 46 y 47, varias pautas de comportamiento y formalización de la diligencia: (a) la prohibición de inspecciones inútiles y del daño innecesario a las cosas; (b) la exigencia de que la perturbación al domicilio fuera estrictamente la necesaria para obtener la protección del menor; y (c) el contenido mínimo del acta que se levante sobre lo ocurrido durante la diligencia.

En la Ley de la Infancia y la Adolescencia, se establece que el allanamiento con fines de rescate se realizará, "*siempre que le sea negado el ingreso después de haber informado sobre su propósito*," pero no establece pautas de comportamiento que aseguren que la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio sea la menor posible: no prohíbe inspecciones inútiles, ni el daño innecesario a las cosas; se limita a exigir que de lo ocurrido se levante un acta. Tampoco se hace referencia alguna a la posibilidad de que antes de la práctica de la diligencia se puedan desvirtuar los motivos que la justifican, ni tampoco se establecen procedimientos para el evento en que el morador consienta a la práctica del allanamiento, a fin de reducir al mínimo posible la restricción al derecho a la inviolabilidad del domicilio.

En cuanto a la posibilidad de suspender la diligencia, los motivos que daban lugar a la suspensión del allanamiento, el artículo 44 del Decreto 2737 de 1989 preveía (a) el que los ocupantes del domicilio entregaran al menor sin resistencia, luego de enterarse del contenido del auto, o (b) que se desvirtuaran los motivos que originaron la medida. Si bien dice que el defensor o comisario de familia procederán al allanamiento siempre que se les haya negado el ingreso o cuando no haya un ocupante en el domicilio a quien pueda informarse sobre la diligencia, en el Código de la Infancia y la Adolescencia no se establece ninguna regla para suspender la medida cuando, por ejemplo, se haya desvirtuado el fundamento para su práctica.

De lo anterior surgen varias diferencias relevantes para el estudio constitucional. Si bien en principio los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006 establecen una figura aparentemente similar a la prevista en los artículos 43 a 47 del Código del Menor, existen al menos dos elementos que muestran que la intromisión en el domicilio ajeno está en principio rodeada de menos garantías en el Código de la Infancia y la Adolescencia: (i) el requisito probatorio exigido, y (ii) las garantías para su práctica.

Desde el punto de vista del estándar probatorio exigido, el artículo 106 demandado emplea la expresión "*indicios*" sin ningún tipo de calificación y, además, deja a la discreción del funcionario evaluar si "*las circunstancias aconsejan*" la práctica del allanamiento. Este estándar no es armónico con lo establecido en el artículo 86, numeral 6 de la Ley 1098 de 2006 -norma no cuestionada en el presente proceso-, que señala que se procederá al allanamiento cuando "*la urgencia del caso lo demande*."

Desde el punto de vista de las condiciones para la práctica del allanamiento y rescate, el artículo 106 del Código de la Infancia y la Adolescencia no prevé la posibilidad de suspender su práctica cuando se desvirtúen los motivos que la originan. En efecto, el artículo 106 demandado no establece una oportunidad procesal para ello, ni tampoco permite que el funcionario que ordene su práctica decida suspenderla cuando de la evaluación de las circunstancias *in situ* surja que no es necesaria su realización, como sí lo hacía el Código del Menor. Tampoco se establece un procedimiento para el evento en que el morador consienta a la práctica del allanamiento, ni existen previsiones expresas para asegurar que la intromisión al domicilio sea la menor posible ni para asegurar que los daños que se puedan producir durante su práctica se reduzcan a los estrictamente necesarios para lograr el rescate del menor en peligro.

Por ello, es posible concluir que la figura del allanamiento con fines de rescate que preveía el Código del Menor es sustancialmente distinta al allanamiento y rescate del Código de la Infancia y la Adolescencia, por lo que no es posible llegar anticipadamente a las mismas conclusiones de la sentencia C-041 de 1994, como lo solicitan algunos de los intervinientes. Sin embargo, las consideraciones expuestas por la Corte en dicho fallo, así como el valor preponderante que se le asignó a los derechos del menor y a su interés superior, constituyen criterios esenciales para juzgar la norma ahora demandada.

Por lo tanto, a partir de tales criterios, es necesario proceder a un análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la norma cuestionada, para determinar si tal como fue diseñada por el legislador la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio que establece el artículo 106 de la Ley 1098 de 2006 resulta compatible con la Constitución. Dado que el asunto bajo examen plantea una colisión de derechos, a continuación se recordarán brevemente los límites constitucionales a la potestad de configuración del legislador cuando una norma legal incide de manera específica en el ámbito de un derecho constitucional fundamental.

## 6. El interés superior del menor

De manera acorde con los convenios internacionales ratificados por Colombia, el constituyente de 1991, consagró expresamente un conjunto de



garantías que buscan proteger de manera especial a los menores de edad, que de manera general se condensan en los derechos fundamentales consagrados en el artículo 44 superior, "a la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, a 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".

Dentro de estas obligaciones, en razón de la materia bajo examen, sobresale la de proteger a los menores "contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos", además la obligación que tienen la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al menor para "garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos", los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás, dentro de las que se inscriben las normas objeto de revisión.

La Corte Constitucional ha sido insistente en señalar que a la luz de los postulados que informan el Estado Social de Derecho, todas las actuaciones de los particulares y funcionarios públicos donde se encuentren involucrados menores de edad, deben estar siempre orientadas por el principio del interés superior del menor<sup>41</sup>. En el igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de Agosto de 2002, señaló al respecto:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor".

De esta manera, como lo ha señalado reiteradamente la Corte, "todos y cada uno de los derechos consagrados en favor de los niños revisten una connotación superior, por lo que tal y como lo estableció la Constitución Política en su artículo 44, la familia, la sociedad y el Estado deben concurrir en la asistencia y protección del niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, pudiendo cualquier persona exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores."<sup>42</sup>

Sobre el concepto de interés superior del menor, la Corte ha precisado lo siguiente:

"El interés superior del menor refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad. El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal<sup>43</sup>.

Adicionalmente, esta Corporación ha establecido criterios jurídicos para determinar, en casos concretos, el interés superior del menor. A este respecto, en la sentencia T-900 de 2006 la Corte señaló:

"Dentro de los múltiples criterios que la Corte Constitucional ha elaborado como herramientas útiles para determinar el interés superior del menor y cuya implementación se encuentra condicionada a la situación concreta del niño o niña en cuestión, ésta Sala considera que los siguientes elementos conforman los aspectos más relevantes para adoptar una decisión en el caso sometido a estudio. Para lo cual daremos continuidad a algunos de los elementos considerados en la Sentencia T-510/93:

1. Garantía del desarrollo integral del menor. Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad. Esta obligación, consagrada a nivel constitucional (art. 44, C.P.), internacional (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27) y legal (Código del Menor, art. 3), compete a la familia, la sociedad y el Estado, quienes deben brindar la protección y la asistencia necesarias para materializar el derecho de los niños a desarrollarse integralmente, teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada menor.

2. Garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen en primer lugar aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: 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. Sin embargo, no se agotan en éstos.

3. Equilibrio con los derechos de los padres. Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. De allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaeciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. (...)

4. Provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor. Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección. El contenido y las manifestaciones del derecho de los niños a crecer en una familia se precisa en la siguiente sección (numeral 3.2.)."

5. Protección del menor frente a riesgos prohibidos, ésta premisa, entendida como el despliegue de amparo y protección que los padres ejercen sobre sus hijos con el fin de evitar abusos y arbitrariedades sobre los menores, resguardándolos de riesgos extremos que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas<sup>44</sup>, exige de los padres un constante ejercicio de ponderación, pues no se trata de un derecho absoluto y carente de límites. Por el contrario, la loable protección y cuidado de los ascendientes sobre su progenie, en cumplimiento del mandato legal que insta a los padres a cuidar, criar, corregir, alimentar, educar y amar a sus hijos, debe además conciliarse con los derechos fundamentales en cabeza del menor, lo que significa que el padre o la madre debe realizar un constante ejercicio de ponderación entre la protección que despliega sobre su hijo, la potencialidad del riesgo y la libertad requerida por el menor para su sano desarrollo integral, todo ello según cada fase de desarrollo del niño.<sup>45</sup>

La Corte Constitucional ha señalado en varias ocasiones como criterios de interpretación los principios de protección especial de la niñez y de promoción del interés superior y prevaleciente del menor, en tanto sujeto de protección constitucional reforzada. Por ser relevante para el asunto bajo análisis, se citan a continuación algunos apartes de la sentencia T-397 de 2004,<sup>46</sup> en donde se dijo lo siguiente:

Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental –que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Recordando este axioma básico, expresado en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 44 de la Constitución Política dispone que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás; al interpretar este mandato, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los menores de edad tienen el status de *sujetos de protección constitucional reforzada*, condición que se hace manifiesta –entre otros efectos- en el carácter *superior y prevaleciente* de sus derechos e intereses, cuya satisfacción debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna.

Los principios de protección especial de la niñez y preservación del interés superior del menor para asegurar su desarrollo integral se encuentran consagrados en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia<sup>47</sup>. Entre ellos resalta la Corte, en primer lugar, la Convención sobre los Derechos del Niño, que dispone en su artículo 3-1 que *"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*; y en el artículo 3-2, establece que *"los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas"*. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 24-1 que *"todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado"*, en el mismo sentido que el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual *"todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado"*, y que el artículo 10-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ordena: *"se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición"*. También el Principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño dispone que los niños gozarán de especial protección, y serán provistos de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y sana, y en condiciones de libertad y dignidad; para ello, precisa la Declaración, las autoridades tomarán en cuenta, al momento de adoptar las medidas pertinentes, el interés superior del menor como su principal criterio de orientación; e igualmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25-2, establece que *"la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales"*, y que *"todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social"*.

(...)

4.1.1. *Garantía del desarrollo integral del menor*. Dispone el artículo 44 de la Carta, en su segundo inciso, que *"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"*; es decir, debe propenderse en todo caso por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, para así fomentar la plena evolución de su personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad. El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>48</sup> y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño, arriba citado.

4.1.2. *Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor*. La Constitución Política enumera expresamente, en su artículo 44, algunos de los derechos fundamentales prevalecientes de los niños: (i) la vida, (ii) la integridad física, (iii) la salud, (iv) la seguridad social, (v) la alimentación equilibrada, (vi) el nombre, (vii) la nacionalidad, (viii) tener una familia y no ser separados de ella, (ix) el cuidado y el amor, (x) la educación, (xi) la cultura, (xii) la recreación y (xiii) la libre expresión de su opinión. Sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en ésta enumeración; el artículo 44 Superior establece, en la parte final de su inciso primero, que los niños *"gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia"*. Estos otros derechos de los niños, que también tienen rango constitucional y fundamental -bien sea por constar con tal carácter en la Carta Política o por expresa incorporación del Constituyente que se acaba de citar- incluyen, en lo pertinente para la resolución del asunto bajo revisión, los derechos a (xiv) la igualdad real y efectiva -especialmente por su condición de debilidad manifiesta, que obliga al Estado a sancionar los abusos o maltratos cometidos contra ellos

y a adoptar medidas que los favorezcan- (C.P., art. 13); (xv) la intimidación personal y familiar (C.P., art. 15); (xvi) el libre desarrollo de su personalidad –una de cuyas facetas es el derecho a gozar de las condiciones necesarias para su desarrollo armónico y a verse libres de perturbaciones arbitrarias de dicho proceso, entre otras manifestaciones- (C.P., art. 16); (xvii) la paz, en particular la paz familiar (C.P., art. 22); (xviii) no ser molestados en su persona o su familia por las autoridades (C.P., art. 28); (xix) el debido proceso, especialmente en el curso de las actuaciones judiciales y administrativas que les afecten (C.P., art. 29); (xx) ser protegidos "frente a toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares" (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2-2); (xxi) que las autoridades y los particulares, en todas las medidas que les conciernan, atiendan a su interés superior en tanto consideración primordial (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1); (xxii) conocer a sus padres y ser cuidados por ellos "en la medida de lo posible" (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1); (xxiv) "preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas" (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1), y recibir "la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad" en los casos en que hayan sido privados ilegalmente de alguno o todos los elementos de la misma (id.); (xxv) "no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia" y recibir protección legal contra tales injerencias (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16); y (xxviii) que se adopten todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social en caso de ser víctimas de cualquier forma de abandono o de trato cruel, inhumano o degradante, en un ambiente que fomente su salud, su dignidad y el respeto de sí mismos (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39). Se reitera que éstos son sólo algunos de los múltiples derechos constitucionales fundamentales, prevalecientes y de aplicación inmediata de los que son titulares los niños; la Sala únicamente ha citado los que resultan pertinentes para la presente decisión.

4.1.3. *Protección del menor frente a riesgos prohibidos.* En cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales citados anteriormente, es imperativo resguardar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Dentro de la categoría "riesgos prohibidos" se encuentran varios tipos de situaciones que deben ser evitadas o suprimidas a toda costa para proteger a los niños involucrados, tanto por parte de las autoridades competentes como por la familia y la sociedad. Algunos de estos riesgos prohibidos fueron expresamente previstos por el Constituyente, tales como (i) la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12), (ii) los abusos y maltratos (C.P., art. 13), (iii) la esclavitud, la servidumbre y la trata (C.P., art. 17), (iv) ser molestados en su persona o su familia (C.P., art. 28), (v) cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), (vi) toda forma de abandono (C.P., art. 44), (vii) todo tipo de violencia física o moral (C.P., art. 44), (viii) el secuestro en todas sus modalidades (C.P., art. 44), (ix) cualquier forma de venta (C.P., art. 44), (x) todo tipo de abuso sexual (C.P., art. 44), (xi) cualquier forma de explotación laboral (C.P., art. 44), (xii) toda explotación económica (C.P., art. 44) y (xiii) cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). El artículo 8 del Código del Menor recoge algunos de estos mandatos protectivos, al disponer que los niños tienen derecho a ser protegidos de "toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación". Igualmente, al consagrar en su artículo 30 un catálogo de situaciones irregulares en las que pueden verse envueltos menores de edad, el Código del Menor proporciona una indicación adicional de ciertos riesgos graves que deben ser prevenidos y remediados en todo caso, a saber: (xiv) el abandono o el peligro<sup>49</sup>, (xv) la carencia de la atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas, (xvi) la amenaza de su patrimonio por quienes lo administran, (xvii) la participación del menor en una infracción penal, (xviii) la carencia de representante legal, (xix) la existencia de deficiencias físicas, sensoriales o mentales, (xx) la adicción a sustancias que produzcan dependencia o la exposición a caer en la drogadicción, (xxi) el trabajo en condiciones no autorizadas por la ley, o (xxii) en general, toda "situación especial que atente contra sus derechos o su integridad". Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte<sup>50</sup>, ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.

4.1.4. *Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor.* Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte<sup>51</sup>, el interés superior y prevaleciente del menor es un concepto *relacional*, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con los cuales han entrado en conflicto. En otras palabras, afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son *prevalecientes* no significa que sean *excluyentes* o *absolutos*; según se precisó en la antecitada sentencia T-510 de 2003, "el sentido mismo del verbo 'prevalecer'<sup>52</sup> implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización". Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se *deben* necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; "sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual 'los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley'<sup>53,54</sup>". Por otra parte, si bien es cierto que debe preservarse un equilibrio entre los derechos del niño y los de sus familiares, cuando tal equilibrio se altere, y se presente un conflicto irresoluble entre los derechos de los padres y los del menor, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor: "de allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor – tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso"<sup>55</sup>.

4.1.5. *Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado.* En todo caso, es necesario que las autoridades o los particulares encargados de adoptar una decisión respecto del bienestar del niño implicado se abstengan de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Constitucional, por ejemplo, en casos relacionados con disputas sobre la custodia y el cuidado de menores de edad, lo cual resulta especialmente relevante para el caso presente; así, en la sentencia T-442 de 1994<sup>56</sup> se explicó que *"en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado. (...) la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable"*.

Ahora bien, a la luz del criterio de interés superior del menor, la Corte ha adoptado diferentes decisiones encaminadas a garantizar su derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a 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. A continuación se reseñan algunas de las sentencias proferidas por esta Corporación, sin que esta enunciación agote la jurisprudencia en la materia. Las sentencias mencionadas ilustran la trascendencia que se le ha otorgado al interés superior del menor en diferentes ámbitos.

En cuanto al derecho a tener una familia, en la sentencia T-090 de 2007, la Corte negó la tutela interpuesta en contra del ICBF por haber asignado en adopción a un menor a un hombre extranjero sin tomar en consideración dentro del proceso a una pareja, también extranjera, interesada en adoptar al menor. En dicha providencia, si bien se constató que el ICBF había incurrido en un error administrativo que excluyó del proceso a la pareja interesada, se consideró que en aras de garantizar el interés superior del menor, no era viable retrotraer el proceso de adopción, pues ya se habían generado vínculos afectivos entre el menor y el padre extranjero. En conclusión, para la Corte un cambio en la familia adoptante podría causar impactos negativos en el desarrollo del menor.<sup>57</sup>

Por su parte en la sentencia T-510 de 2003,<sup>58</sup> la Corte concedió la tutela a una madre que había dado en adopción a su hija por problemas económicos, pero que al poco tiempo de la entrega, y luego de haber obtenido un trabajo, se había arrepentido de su decisión. Si bien la Corte reconoció la importancia de los términos que limitan la posibilidad de revocatoria del consentimiento, consideró que en este caso el consentimiento no había sido constitucionalmente idóneo, pues la madre no había sido informada adecuadamente sobre las consecuencias de su decisión ni sobre la posibilidad de retractarse dentro de un término específico. Adicionalmente, estimó que en este caso la madre biológica podía brindarle al menor el amor, el cuidado y la atención necesarios, por lo cual, consultaba el interés superior del menor, el que éste fuera devuelto a su madre.

En la sentencia T-577 del 2007,<sup>59</sup> la Corte concedió una tutela en contra del INPEC por haber trasladado a una reclusa, a una prisión alejada del lugar donde residía su hija menor de edad. La Corte fue explícita en señalar que: *"los establecimientos carcelarios deben posibilitar, hasta donde ello resulte posible, que el interno mantenga contacto permanente con su familia, en especial con sus hijos menores, a través de visitas y comunicaciones frecuentes, con el fin de preservar la unidad familiar y velar por el desarrollo armónico e integral de los niños y adolescentes."*

En cuanto al derecho al mínimo vital de los niños, niñas y adolescentes, la Corte se refirió al tema en la sentencia T-1051 de 2003,<sup>60</sup> la Corte concedió la tutela de un menor que había dejado de percibir la cuota alimentaria decretada en su favor, porque el empleador del padre obligado, se negaba a deducir del salario y consignar la obligación alimentaria respectiva. En dicha providencia la Corte insistió en que *"cuando el derecho fundamental al pago de la obligación alimentaria de un menor de edad aparezca comprometido, la protección por vía de tutela se hace necesaria e inminente, en procura de amparar el mínimo vital del menor cuya mesada es necesaria para proporcionarle las condiciones básicas de subsistencia."*

En la sentencia T-324 de 2004,<sup>61</sup> la Corte concedió una tutela en contra del Municipio de Puerto Wilches, el cual no había pagado los salarios de uno de sus trabajadores, y como consecuencia, se había abstenido de retener y pagar la cuota de alimentos que dicho empleado estaba obligado a cancelar. La Corte reiteró, que la administración tiene la obligación de garantizar el pago oportuno de salarios atrasados, especialmente cuando estén involucrados derechos fundamentales de los menores.

En la sentencia C-653 de 2003,<sup>62</sup> la Corte declaró la exequibilidad parcial de los artículos 28 de la Ley 21 de 1982 y 3º de la Ley 789 de 2002, según los cuales los beneficiarios del subsidio familiar cuya edad sea superior a doce (12) años deben acreditar el respectivo certificado de escolaridad. Para la Corte, el requisito de la escolaridad es constitucionalmente admisible, pues, en razón del interés superior del menor, está encaminado a impedir que los niños mayores de 12 años desarrollen actividades de tipo laboral, en lugar de desarrollar las labores académicas propias de quien está en proceso de formación.

En relación con el derecho a la integridad física de los niños, en la sentencia T-550 de 2003,<sup>63</sup> la Corte dejó sin efectos la decisión de la Fiscalía 30 de Miraflores de absolver a un hombre acusado de abuso sexual de una menor, por el hecho de omitir la práctica de una prueba ginecológica indispensable para aclarar la ocurrencia del hecho. En relación con los procesos penales en los que pueda verse involucrado un menor, la Corte en dicha providencia fue enfática en la obligación de las autoridades competentes de consultar siempre el interés superior del menor. Puntualmente, se señaló en la sentencia referida: *"En el caso de los niños, el cumplimiento de estos mandatos constitucionales por los diversos funcionarios que actúan en las etapas procesales de investigación y de juzgamiento debe estar siempre orientado por el principio del interés superior del menor, bien sea que se encuentre en la situación de sujeto activo de la infracción o de víctima o afectado por el mismo. Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de*

indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. Constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga.

En cuanto al derecho al cuidado y al amor, en la sentencia C-273 de 2003,<sup>64</sup> la Corte declaró inconstitucionales las expresiones "solo", "permanente" y "en este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia", del inciso tercero del artículo 1° de la Ley 755 de 2002, que reconoce la licencia de paternidad. En términos de la Corte "estas expresiones, son contrarias al Estatuto Superior, especialmente al artículo 44 de la Carta que consagra los derechos fundamentales de los niños al cuidado y amor".

En la sentencia C-184 de 2003,<sup>65</sup> la Corte declaró la constitucionalidad del artículo 1 de la Ley 750 de 2002, que concede el beneficio de prisión domiciliaria a las madres cabeza de familia, en el sentido de extender dicho beneficio también a los hombres que se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, "para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido". Si bien la Corte insistió en que es razonable que el legislador contemple medidas positivas a favor de las madres cabeza de familia, en este caso el objetivo de la norma es garantizar el cuidado del menor; por tanto, consideró la Corte, no hay una justificación objetiva y razonable, para excluir a los menores del cuidado y apoyo que requieren, sólo por el hecho de que dependen de un padre cabeza de familia y no de una madre cabeza de familia.

En cuanto al derecho al debido proceso, en la sentencia T-495 de 2005,<sup>66</sup> la Corte concedió una tutela interpuesta a favor de dos menores, en contra del Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia. La Corte consideró que la autoridad demandada había incurrido en una vía de hecho, por haberse negado injustificadamente a la intervención del Defensor de Familia, en un proceso de restitución de inmueble. Dicho proceso, que concluyó con el desalojo de la vivienda que habitaban los menores junto con su madre, fue declarado por la Corte "sin ningún efecto por resultar violatoria de los derechos fundamentales de los menores (...) al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, a la vivienda digna y a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social."

En relación con el derecho a la salud, en la sentencia T-585 de 2007,<sup>67</sup> la Corte concedió la tutela a favor de una menor recién nacida que sufría de una hernia umbilical, cuya madre era menor de edad. La EPS se negaba a prestarle atención a la bebé, con el argumento de que su madre, quien era beneficiaria de los servicios de dicha entidad, debería cotizar en forma independiente para que se pudieran brindar los servicios a la bebe. Esta Corporación en dicha providencia insistió en que "la cobertura del recién nacido hijo de una beneficiaria, no puede quedar inmersa en trámites legales que lleguen al punto de poner en peligro su vida, protegida tanto a nivel constitucional como internacional".

En la sentencia T-227 de 2006,<sup>68</sup> la Corte concedió una tutela en contra de la EPS por no afiliar a la hija de una de sus cotizantes, quien sufría de epilepsia y requería con urgencia de diversos medicamentos para tratar la enfermedad. En dicha providencia la Corte reiteró que prevalece el derecho fundamental a la salud de niñas y niños sobre requerimientos de carácter administrativo impuesto por Entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud, e insistió en el alcance del principio de interés superior del menor. Al respecto se señaló: "Conforme lo ha explicado esta Corporación<sup>69</sup> dicho principio condiciona el actuar de la totalidad del Estado, así como de las instituciones privadas, a la hora de tomar decisiones en las que se vean afectados niñas y niños, por cuanto en estos eventos siempre ha de considerarse, primordialmente, el interés superior del menor." En el fallo concluyó: "...Por lo anterior, el fallo de instancia será revocado puesto que al supeditar el derecho fundamental de una niña cuyos derechos fundamentales son prevalentes a un mero trámite administrativo ante un Comité Técnico Científico, se soslaya el principio de interés superior del menor."

En sentencia T-405 de 2006, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte se pronunció sobre el deber de una EPS de proporcionar a una niña de 5 años, los elementos necesarios para el tratamiento de la enfermedad de diabetes que padecía. En su fallo, estimó que cuando los niños se encuentran en alto riesgo, la atención del Estado hacia los menores debe ser aún más expedita. En igual sentido expresó: 'con fundamento en las normas internacionales y en la Carta Política el derecho de los menores a beneficiarse de la seguridad social implica que los entes del Estado y aquéllos que en su nombre prestan el servicio de Salud, deben prestar especial atención a este grupo de personas por encima de las reglamentaciones ordinarias que se opongan a tal imperativo'."

7. Los límites constitucionales a la potestad de configuración del legislador al limitar el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el principio de proporcionalidad

7.1. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha afirmado de manera reiterada que la potestad de configuración del legislador al establecer limitaciones a la libertad individual, es una competencia limitada y ha de ser ejercida conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que las limitaciones a los derechos que prevea el legislador en ejercicio de dicha potestad no resulten arbitrarias.<sup>70</sup> En materia de regulación del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la sentencia C-041 de 1994, la Corte Constitucional resaltó lo siguiente:

"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.

"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 acogiére 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.<sup>71</sup>

Dado que el ejercicio de esta potestad de configuración puede incidir en el goce de derechos constitucionales, la Corte ha dicho que las limitaciones deben ser adecuadas para lograr el fin perseguido, deben ser además necesarias, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de afectación de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, por último, deben ser "*proporcionales stricto sensu*"<sup>72</sup>, esto es, que no se afecten excesivamente valores y principios que tengan un mayor peso que el fin constitucional que se pretende alcanzar. Así ha dicho esta Corporación.

"En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. 'Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional'<sup>73n74</sup>

Esta Corte se ha pronunciado sobre las características y el método de análisis empleado en el juicio de proporcionalidad en varias sentencias. Así, por ejemplo, en la sentencia C-951 de 2002, señaló lo siguiente:

"En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio. El concepto de la proporcionalidad remite a la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como la balanza, la regla o el equilibrio.

"(...) En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución –, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 CP.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 CP.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 CP.).

(...)

"(...) La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

"No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo."<sup>75</sup>

La figura del allanamiento con fines de rescate regulado por los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, se inscribe dentro de la protección del interés superior del menor y en esa medida fue establecida como una medida de naturaleza preventiva, cautelar, orientada a proteger la vida o integridad personal del menor de edad que se encuentre en una situación de peligro, que comprometa su vida o integridad personal. Pasa por tanto la Corte a examinar si el diseño establecido por el legislador al regular esta figura en el Código de la Infancia y la Adolescencia resulta conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

8. Las fallas en el diseño legislativo del allanamiento y rescate regulado en los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006.

De conformidad con la estructura que establecen los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006 para que el defensor o comisario de familia determine si realiza un allanamiento para rescatar a un menor, éste debe contar con "*indicios*" sobre (i) la naturaleza de la "*situación de peligro*" en que se encuentra el menor, (ii) sobre el impacto de esa situación peligro en la vida o integridad física del menor; (iii) sobre la intensidad o gravedad de esa situación peligro; y (iv) sobre "*la urgencia del caso*". No obstante lo anterior, los artículos bajo análisis no determinan con claridad el estándar probatorio para proceder a la medida, ni precisan si el peligro que justifica la medida puede ser leve o remoto, o debe ser necesariamente grave e inminente, puesto aluden simplemente a la existencia de un peligro.

Adicionalmente, aún si se reúnen los anteriores elementos de juicio, el artículo 106 cuestionado abre aún más el espectro de consideraciones discrecionales que pueden dar lugar al allanamiento al establecer que la decisión del defensor o comisario de familia dependerá en todo caso de que "*las circunstancias lo aconsejen*". Dada la amplitud de los términos empleados por el legislador en la Ley 1098 de 2006, aún en situaciones basadas en simples rumores sin fundamento sobre la gravedad del peligro y la urgencia de la medida, el defensor de familia podría proceder al allanamiento de un domicilio para rescatar a un menor. Adicionalmente, en este contexto también resulta particularmente relevante la competencia subsidiaria que tienen los inspectores de policía según lo previsto en el inciso primero del artículo 98 de la Ley 1098 de 2006,<sup>76</sup> con lo cual además de las autoridades de familia, los inspectores de policía estarían facultados para realizar allanamientos con fines de rescate.

De acuerdo con las normas vigentes y la jurisprudencia precitada, solo un peligro grave y una necesidad imperiosa autorizan el régimen excepcional bajo el cual ciertas autoridades administrativas pueden realizar allanamientos. En esa medida, la situación de peligro que fundamenta la decisión del defensor de familia o del comisario para allanar un domicilio con el fin de rescatar a un menor no puede ser simplemente remota y eventual, sino que debe ser grave y urgente. A la luz de las normas constitucionales y legales vigentes, así como de la jurisprudencia en la materia, tampoco puede quedar al arbitrio del defensor o comisario de familia el poder proceder al allanamiento del domicilio con fines de rescate dependiendo de que "*las circunstancias lo aconsejen*". La ambigüedad de esta expresión transforma la figura excepcional del allanamiento administrativo con fines de rescate por parte de las autoridades de familia en una regla de aplicación general y abre la puerta a la arbitrariedad.

En el marco de regulación de la medida de allanamiento y rescate que establecen los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, es posible distinguir tres circunstancias graves que darían lugar al ingreso de los defensores y comisarios de familia a un domicilio ajeno para rescatar a un menor de edad en una situación de peligro que amenace su vida o integridad personal: (i) en eventos de peligro objetivo, tales como incendios, inundaciones, o derrumbes; (ii) cuando el menor solicite auxilio; y (iii) frente a eventos que puedan constituir delitos, en los cuales el menor sea una posible víctima de la conducta delictiva.

En el caso de las dos primeras circunstancias, no se estaría ante meros indicios, sino ante hechos que objetivamente muestran que la vida del menor o su integridad personal están ante una situación de peligro grave para su vida o integridad, y frente a las cuales la intervención de las autoridades de familia, es urgente y necesaria, en cumplimiento del mandato constitucional de protección de los menores y de la garantía de su interés superior.

En esos eventos, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-176 de 2007, existe una necesidad imperiosa que justifica la intervención con fines preventivos y por ello se exceptúa el cumplimiento de la exigencia de "*mandamiento escrito de autoridad judicial competente*" previsto en el artículo 28 Superior. En tales circunstancias, el ingreso al domicilio ajeno cumple una finalidad constitucionalmente legítima e imperiosa: responder de manera oportuna ante la urgencia de proteger la vida o la integridad personal del menor frente a una situación de peligro grave e inminente. El medio escogido, el ingreso al domicilio ajeno, resulta no sólo idóneo, sino además necesario para la protección de la vida y la integridad del menor. Además el ingreso se circunscribe al objetivo específico del rescate y no puede desviarse hacia otra finalidad, ni extenderse más allá del tiempo estrictamente indispensable para rescatar al menor, por lo que no resulta desproporcionada la limitación al derecho a la inviolabilidad del domicilio ante el mayor peso que constitucionalmente tiene asegurar la protección efectiva y oportuna del menor en peligro.

Cosa distinta ocurre cuando la circunstancia que pone en peligro la vida o la integridad del niño, niña o adolescente es la supuesta ocurrencia, al interior de un domicilio, de una conducta delictiva de la que el menor es víctima. En esos eventos no se está ante un elemento externo, objetivamente valorable, sino ante un hecho que llega a conocimiento de las autoridades por denuncias de terceros, cuya seriedad y credibilidad deben ser examinadas antes de proceder al allanamiento con fines de rescate. Los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, establecen que son el defensor y el comisario de familia quienes valoran esas circunstancias, pero no establecen un estándar probatorio claro sobre la seriedad, gravedad o inminencia que deben tener tales "*indicios*" para justificar la medida preventiva de protección, ni tampoco obliga a que esa valoración de los indicios se haga de manera formal, de tal manera que sea posible hacer un control posterior al ejercicio de esta facultad.

Sin embargo, también es preciso señalar que dado que lo que se busca es proteger la vida e integridad de un niño, niña o adolescente en una situación de peligro grave, que requiere con "*urgencia*" de una medida de protección, las exigencias legales y constitucionales que autorizan el allanamiento judicial - la individualización del imputado, indiciado o condenado, la existencia de "*motivos fundados*" y la determinación precisa del lugar a allanar<sup>77</sup> -, pueden resultar excesivas y conducir a la total desprotección de los derechos del menor que se encuentra en peligro.

Por ello, debe darse prelación a la finalidad de protección del menor así como a la primacía de los derechos de los niños como criterio para evaluar la necesidad de la medida de allanamiento con fines de rescate. En este evento, el defensor o el comisario de familia deberá evaluar si ante la seriedad de los indicios presentados y la urgencia de protección por el peligro para la vida, o la integridad del niño, niña o adolescente, informa al fiscal sobre la posible comisión de un delito en contra de un menor, de tal forma que puedan actuar de manera armónica -y dentro del respectivo ámbito de sus competencias - durante el allanamiento con fines de rescate, o si dada la magnitud del peligro que se deduce razonablemente de los indicios presentados, decide proteger de manera urgente la vida e integridad del menor, realizar el rescate con fines exclusivamente preventivos, e informar posteriormente a la Fiscalía.

Con el fin de evitar abusos y asegurar un control efectivo sobre las decisiones de allanamiento que realicen los comisarios y defensores de familia, es preciso que antes de proceder al allanamiento con fines de rescate haya una valoración juiciosa de la situación de peligro, e indicios serios sobre la existencia y gravedad del peligro, a la luz de las reglas civiles. También es indispensable que dicha valoración sea plasmada por escrito, con el fin de facilitar el control posterior de esa valoración y del procedimiento seguido durante el allanamiento.

Para garantizar el cumplimiento de la finalidad preventiva y protectora de la medida, será suficiente que existan indicios serios de los cuales sea razonable inferir la existencia de una situación de peligro grave para la vida o integridad del menor. Este estándar probatorio, mucho menos riguroso que "*los motivos fundados*" exigidos en el allanamiento judicial,<sup>78</sup> asegura que la información a partir de la cual se analiza si existe un peligro grave para la vida o integridad del menor que justifique el allanamiento con fines de rescate, contenga algún elemento objetivo que permita valorar su seriedad y veracidad, y que luego de tal valoración, el defensor o comisario de familia concluya sobre la necesidad de acudir a un fiscal.

Para la Corte, las anteriores circunstancias justifican constitucionalmente la medida, que resulta adecuada y proporcionada para proteger el interés superior del menor, su vida e integridad personal.

Sin embargo, dado que las normas bajo revisión no establecen un procedimiento mínimo que evite abusos y arbitrariedades en la aplicación de la medida, es necesario condicionar la exequibilidad de la medida a que el defensor o el comisario de familia adopte una decisión escrita, en la que se valoren los indicios serios de los que razonablemente se infiera que en cada caso los requisitos para que proceda el allanamiento, con la finalidad exclusiva de efectuar el rescate y proteger al niño, niña o adolescente.

Por lo anterior, se declarará la constitucionalidad de los artículos 86, numeral 6 y 106 de la Ley 1098 de 2006, en el entendido de que previamente, el defensor o el comisario de familia deberá en una decisión escrita, valorar las pruebas que demuestran que se reúnen en cada caso los requisitos para que proceda el allanamiento con la finalidad exclusiva de efectuar el rescate y proteger al menor de edad.

#### VIII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES los artículos 86, numeral 6 y 106 de la ley 1098 de 2006, por los cargos analizados, en el entendido de que previamente, el defensor o el comisario de familia deberá en una decisión escrita, valorar las pruebas que demuestran que se reúnen en cada caso los



requisitos para que proceda el allanamiento con la finalidad exclusiva de efectuar el rescate y proteger al menor de edad.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA  
Magistrado  
Con salvamento de voto

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO  
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL  
Magistrado

MAURICIO GONZALEZ CUERVO  
Magistrado  
Impedimento aceptado

MARCO GERARDO MONROY CABRA  
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA  
Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ  
Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA C-256 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Referencia: Expediente D-6859

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 106 (parcial) de la Ley 1098 de 2006 "Por medio de la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia"

Magistrado Ponente:

Manuel José Cepeda Espinosa

Con mi acostumbrado respeto por los fallos de la Corporación, a continuación expongo las razones que me obligaron a salvar mi voto en la presente decisión:

1. La norma de la referencia, es, en mi concepto, inconstitucional en su totalidad porque autoriza, de manera flagrantemente contraria al orden constitucional vigente, al Defensor de Familia o al Comisario de Familia para que practiquen allanamientos sin "mandamiento escrito de autoridad judicial competente". Esto es, de un Juez de la República.
2. La reserva judicial estricta en materia de afectación de los derechos fundamentales, y el de la inviolabilidad el domicilio es uno de ellos, es un mandato constitucional que define la propia estructura del estado social de derecho que la sociedad colombiana ha convenido darse mediante la Constitución de 1991.
3. La Corte Constitucional es la Corporación Judicial a la que la propia Carta "le confía la guarda de su integridad y supremacía" y en tal consideración desdice de su función misional cuando patrocina la existencia de normas jurídicas de menor rango que vulneran la supremacía de la Constitución.
4. No es de poca monta, como afectación constitucional, que la mayoría de la Corte ignore que la regla general en materia de allanamiento de domicilios es la reserva estricta a la orden del juez para practicarlos. La atribución a la Fiscalía es puramente excepcional, por lo que tampoco la ley puede permitir al fiscal que dé la autorización de un allanamiento, ya que nadie puede dar facultades que no tiene.
5. El suscrito Magistrado considera que la Corte va cada vez más lejos, y lo peor, en contravía de los derechos fundamentales. Anteriormente, se ha autorizado a otros funcionarios administrativos<sup>79</sup> (Policía Nacional) a realizar allanamientos y ahora se quiere avalar que lo hagan los Defensores y Comisarios de Familia con el agravante de que la única justificación que existiría, la posible comisión de un delito, se ha propuesto suprimirla del condicionamiento. En mi opinión sólo los jueces pueden afectar los derechos fundamentales, por lo que para ejecutar esas medidas se requiere siempre de la autorización judicial, para lo cual se ha de tener en cuenta que el allanamiento afecta derechos fundamentales en ambos sentidos.
6. No deja de ser constitucionalmente alarmante que la Corte autorice, con la disculpa de la defensa del interés superior de los niños, dar vía libre a cualquier violación de la Constitución. El mal ejemplo cunde: Así el Presidente de la República justificó la incursión armada en otro país; el asesinato de un delincuente; y, la violación del derecho internacional, entre otros, con el argumento de que se buscaba proteger a los niños.

Esto, sin ninguna duda, es trastocar los valores, pues el verdadero beneficio para los niños es enseñarles que no puede haber allanamiento sin orden judicial, ni pueden hacerse procedimientos contrarios a la Constitución.

7. Considero que cuando los constitucionalistas no tienen argumentos justifican sus tesis con la razonabilidad y la proporcionalidad, lo que sin ninguna duda es una argucia que utilizan los tribunales constitucionales para explicar lo que no tiene explicación. Sólo hay que recordar que Hitler justificó el genocidio de los judíos con la tesis de la raza inferior.

8. Tengo que rechazar la propuesta de inhibición, pues implica que la norma siga produciendo resultados.

9. En cuanto a la tesis de los indicios como probabilidad, la considero equívoca y constitucionalmente peligrosa porque puede prestarse para ser esgrimida de cualquier manera. De otra parte, encuentro contradictorio que la mayoría haya decidido autorizar a funcionarios típicamente administrativos para valorar la evidencia y determinar la naturaleza indiciaria o no de los hechos puestos en su conocimiento, pues a mi juicio lo constitucionalmente admisible era imponerles a esos empleados administrativos la obligación de acudir ante un Juez de la República a llevar esas evidencias para obtener su autorización para el allanamiento. Por esto además, reitero que en mi concepto, el artículo 106 es inexecutable en su totalidad.

10. La norma acusada ofrece otro motivo de inconstitucionalidad, que es el de su ambigüedad. Aunque no dice si se trata o no de prevenir la comisión de un delito, la primera impresión es la de que puede haberlo. La comisión de un delito es lo que justifica la intervención de cualquier persona, como ocurre con la flagrancia. Si se trata de una actuación administrativa, la Corte debería ser más estricta, pues los derechos fundamentales sólo se pueden afectar por los Jueces y no por una autoridad administrativa, así tenga asignadas funciones judiciales o como dice alguno de los intervinientes "materialmente jurisdiccionales".

11. Finalmente, considero que otra gran dificultad observable en el supuesto de la norma, es que en realidad el funcionario no sabe qué está ocurriendo en el interior de un domicilio. En tal caso el punto de partida son meras suposiciones, es decir incertidumbre o duda que no puede resolverse afectando el derecho fundamental de los moradores del domicilio afectado cuya presunción de inocencia no puede ser desconocida con razones tan frágiles. Si no son suposiciones, sino certezas, se puede ir al juez. A mi modo de ver es una falacia dar garantías para violar el domicilio sobre la supuesta existencia de control posterior. ¿Vulnerado el derecho, para qué el control?

A mi modo de ver, la semántica no es razón suficiente para autorizar semejante procedimiento, pues resulta irrelevante que la actuación se denomine allanamiento o rescate. Independientemente de su nombre, es violatoria de la Constitución. Y no dudo de la necesidad de defender los derechos del niño, pero sin que ello implique llevarse de calle todos los demás derechos constitucionales.

Por las razones expuestas disiento de la presente decisión.

Fecha *ut supra*.

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 Folio 3, C.1.

2 Folio 8, C.1.

3 Folio 10, C.1.

4 Sentencia C-539 de 1999 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia C- 176 de 2007, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, en donde la Corte Constitucional declaró exequible una norma que autorizaba a la policía a penetrar domicilios sin mandamiento escrito en situaciones de peligro extremo.

6 Sentencia C-041 de 1994, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde la Corte declaró exequibles las disposiciones del Código del Menor que autorizaban a los defensores y comisarios de familia a realizar allanamientos para rescatar menores en situación de peligro extremo.

7 Constitución Política, Artículo 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguiere y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

8 C-176 de 2007, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

9 Sentencia C-519- de 2007, MP: Nilson Pinilla Pinilla, AV: Jaime Araujo Rentería, en donde la Corte declaró INEXEQUIBLE el numeral 4° del artículo 230 de la ley 906 de 2004, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, que establecía como excepción al requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento "4. Se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado."

10 Sentencia C-519 de 2007, MP: Nilson Pinilla Pinilla, AV: Jaime Araujo Rentería.

11 Sentencia C-519 de 2007, MP: Nilson Pinilla Pinilla, AV: Jaime Araujo Rentería

12 Constitución Política, Artículo 32. El delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante el juez por cualquier persona. Si los agentes de la autoridad lo persiguiere y se refugiare en su propio domicilio, podrán penetrar en él, para el acto de la aprehensión; si se acogiere a domicilio ajeno, deberá preceder requerimiento al morador.

13 Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. (...) En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá: (...) 2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez. [Las expresiones tachadas en este numeral fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1092 de 2003, MP: Álvaro Tafur Galvis, Salvamento y Aclaración de Voto del Magistrado: Jaime Araujo Rentería, Aclaración de Voto de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett]

14 Sentencia C-041 de 1994, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Las disposiciones declaradas exequibles establecen lo siguiente: Decreto 2737 de 1989, 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.

15 Ley 383 de 1997. "Artículo 2º. Adiciónase al Estatuto Tributario con el siguiente artículo: || Artículo 779-1.- *Facultades de registro. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, podrá ordenar mediante resolución motivada, el registro de oficinas, establecimientos comerciales, industriales o de servicios y demás locales del contribuyente o responsable, o de terceros depositarios de sus documentos contables o sus archivos, siempre que no coincida con su casa de habitación, en el caso de personas naturales.* || *En desarrollo de las facultades establecidas en el inciso anterior, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá tomar las medidas necesarias para evitar que las pruebas obtenidas sean alteradas, ocultadas o destruidas, mediante su inmovilización y aseguramiento.* || *Para tales efectos, la fuerza pública deberá colaborar, previo requerimiento de los funcionarios fiscalizadores, con el objeto de garantizar la ejecución de las respectivas diligencias. La no atención del anterior requerimiento por parte del miembro de la fuerza pública a quien se le haya solicitado, será causal de mala conducta.* || Parágrafo 1º. *La competencia para ordenar el registro y aseguramiento de que trata el presente artículo, corresponde al Administrador del Impuestos de Aduanas Nacionales y al Subdirector de Fiscalización de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. Esta competencia es indelegable.* || Parágrafo 2.- *La providencia que ordena el registro de que trata el presente artículo, será notificado (sic) en el momento de practicarse la diligencia a quien se encuentre en el lugar, y contra la misma no procede recurso alguno.*"

16 Sentencia C-505 de 1999, MP: Alejandro Martínez Caballero.

17 Sentencia C-176 de 2007, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. La norma en cuestión es el artículo 83 del Decreto 1355 de 1970, por el cual se dictan normas sobre Policía, que establece lo siguiente: Artículo 83. "La policía podrá penetrar en los domicilios, sin mandamiento escrito, cuando fuere de imperiosa necesidad: || 1. Para socorrer a alguien que de alguna manera pida auxilio; || 2. Para extinguir incendio o evitar su propagación, o remediar inundación o conjurar cualquier otra situación similar de peligro; || 3. Para dar caza a animal rabioso o feroz; || 4. Para proteger los bienes a personas ausentes, cuando se descubra que un extraño ha penetrado violentamente o por cualquier otro medio al domicilio de estas personas; || 5. Cuando desde el interior de una casa o edificio se proceda por la vía de hecho contra persona o propiedad que se halle fuera de éstos." SPV: Jaime Araujo Rentería quien consideró que "la Constitución Nacional no excepciona de la orden judicial ni a la privación de la libertad, ni a la práctica de registros y allanamientos contra la voluntad del morador de un domicilio."

18 Sentencia C-1024 de 2002, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

19 De acuerdo con la Real Academia Española, imperioso es lo "que conlleva fuerza o exigencia" y necesidad, en su primera acepción es el "impulso irresistible que hace que las causas obren infaliblemente en cierto sentido"; en su segunda acepción "todo aquello a lo cual es imposible sustraerse, faltar o resistirse". Diccionario Esencial de la Real Academia Española. Editorial Espasa. Madrid. 1997. Páginas 609 y 761, respectivamente.

20 Sentencia C-657 de 1996, MP: Fabio Morón Díaz. Las disposiciones declaradas exequibles establecen: Decreto 2700 de 1991, Artículo 343. *Allanamiento, procedencia y requisitos.* Cuando hubiere serios motivos para presumir que en un bien inmueble, nave o aeronave se encuentre

alguna persona contra quien obra orden de captura, o las armas, instrumentos o efectos con que se haya cometido la infracción o que provengan de su ejecución, el funcionario judicial ordenará en providencia motivada, el correspondiente allanamiento y registro. || La providencia a que se refiere el inciso anterior no requiere notificación. || Artículo 344. Allanamiento sin orden escrita del fiscal. En casos de flagrancia cuando se esté cometiendo un delito en lugar no abierto al público, la policía judicial podrá ingresar sin orden escrita del fiscal, con la finalidad de impedir que se siga ejecutando el hecho. || Salvo casos de flagrancia, el fiscal o un delegado suyo debe estar presente en los allanamientos. || Artículo 345. Allanamientos especiales. Para el allanamiento y registro de las casas y naves, que conforme al derecho internacional gozan de inmunidad diplomática, el funcionario pedirá su venia al respectivo agente diplomático, mediante oficio en el cual rogará que conteste dentro de las veinticuatro horas siguientes. Este oficio será remitido por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores. || En caso de registro de residencia u oficinas de los cónsules se dará aviso al cónsul respectivo y en su defecto a la persona a cuyo cargo estuviere el inmueble objeto de registro.

21 Ibídem.

22 Sentencia C-519 de 2007, MP: Nilson Pinilla Pinilla, AV: Jaime Araujo Rentería, en donde la Corte declaró INEXEQUIBLE el numeral 4° del artículo 230 de la ley 906 de 2004, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal, que establecía como excepción al requisito de orden escrita de la Fiscalía General de la Nación para proceder al registro y allanamiento "4. *Se lleve a cabo un registro con ocasión de la captura del indiciado, imputado, acusado, condenado.*"

23 Nótese que el numeral 4° objeto de la demanda, no indica que, en lo pertinente, el registro y allanamiento se lleven a cabo para lograr la captura del requerido, sino "con ocasión de" (se resalta en negrilla).

24 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82.

25 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal c).

26 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal a).

27 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal b).

28 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal d).

29 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal e).

30 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal f).

31 Decreto 1355 de 1970, Artículo 82, literal g).

32 Decreto 1355 de 1970, Artículo 84.

33 Decreto 2737 de 1989, Artículo 43.

34 Ley 383 de 1997, artículo 2.

35 Decreto 1355 de 1970, Artículo 83.

36 Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 1.

37 Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 2.

38 Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 3.

39 Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 4.

40 Decreto 1355 de 1970, Artículo 83, numeral 5.

41 En sentencia T-408 de 1995. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz se señaló al respecto lo siguiente: "El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida. || "Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. || "La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses

jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor."

42 Sentencia T-1051 de 2003. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

43 T-503 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

44 En la Sentencia T-292 de 2004, la Corte hizo un meticuloso recuento de aquellos aspectos que pueden conformar los riesgos prohibidos, así: "En cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales citados anteriormente, es imperativo resguardar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Dentro de la categoría "riesgos prohibidos" se encuentran varios tipos de situaciones que deben ser evitadas o suprimidas a toda costa para proteger a los niños involucrados, tanto por parte de las autoridades competentes como por la familia y la sociedad. Algunos de estos riesgos prohibidos fueron expresamente previstos por el Constituyente, tales como (i) la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12), (ii) los abusos y maltratos (C.P., art. 13), (iii) la esclavitud, la servidumbre y la trata (C.P., art. 17), (iv) ser molestados en su persona o su familia (C.P., art. 28), (v) cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), (vi) toda forma de abandono (C.P., art. 44), (vii) todo tipo de violencia física o moral (C.P., art. 44), (viii) el secuestro en todas sus modalidades (C.P., art. 44), (ix) cualquier forma de venta (C.P., art. 44), (x) todo tipo de abuso sexual (C.P., art. 44), (xi) cualquier forma de explotación laboral (C.P., art. 44), (xii) toda explotación económica (C.P., art. 44) y (xiii) cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). El artículo 8 del Código del Menor recoge algunos de estos mandatos protectivos, al disponer que los niños tienen derecho a ser protegidos de "toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual y explotación". Igualmente, al consagrar en su artículo 30 un catálogo de situaciones irregulares en las que pueden verse envueltos menores de edad, el Código del Menor proporciona una indicación adicional de ciertos riesgos graves que deben ser prevenidos y remediados en todo caso, a saber: (xiv) el abandono o el peligro, (xv) la carencia de la atención suficiente para satisfacer sus necesidades básicas, (xvi) la amenaza de su patrimonio por quienes lo administran, (xvii) la participación del menor en una infracción penal, (xviii) la carencia de representante legal, (xix) la existencia de deficiencias físicas, sensoriales o mentales, (xx) la adicción a sustancias que produzcan dependencia o la exposición a caer en la drogadicción, (xxi) el trabajo en condiciones no autorizadas por la ley, o (xxii) en general, toda "situación especial que atente contra sus derechos o su integridad". Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte, ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.

45 MP. Jaime Córdoba Triviño.

46 Corte Constitucional, Sentencia T-397 de 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Sobre este asunto ver también las sentencias C-653 de 2003 y C-997 de 2004, MP: Jaime Córdoba Triviño, C-716 de 2006, con salvamento de voto del magistrado Jaime Araujo Rentería y C-814 de 2001, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-796 de 2004, MP: Rodrigo Escobar Gil, con salvamentos individuales de voto de los Magistrados Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Álvaro Tafur Galvis, y Clara Inés Vargas Hernández; C-273 de 2003 y T-746 de 2005, MP: Clara Inés Vargas Hernández y T-090 de 2007 y T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

47 Ello es de especial importancia por cuanto, según ordena el artículo 44 de la Carta Política, los niños "gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia" – es decir, el Constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos protectivos de la infancia de los tratados internacionales ratificados por Colombia; tal mandato armoniza con lo dispuesto en el artículo 93 superior, de conformidad con el cual "los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconoce los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno". En el mismo sentido, el artículo 19 del Código del Menor dispone que "los convenios y tratados internacionales ratificados y aprobados de acuerdo con la Constitución y las leyes, relacionados con el menor, deberán servir de guía de interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Código."

48 Artículo 6: "(...) 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Artículo 27: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas responsables por el niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. (...)"

49 Dispone el artículo 31 del Código del Menor que "Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando: 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 desavenencias 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. Par. 1: Se presume el

*incumplimiento de que trata el numeral 2 del presente artículo, cuando el menor está dedicado a la mendicidad o a la vagancia, o cuando no convive con las personas llamadas por la ley a tener su cuidado personal. Esta presunción admite prueba en contrario. Par. 2: Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores".*

50 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

51 Sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

52 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "prevalecer" significa, en su primera acepción, "sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras".

53 En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que "los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención".

54 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

55 Id.

56 MP. Antonio Barrera Carbonell.

57 Sentencia T-090 de 2007, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

58 Sentencia T-510 de 2003 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

59 Sentencia T-577 del 2007, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

60 Sentencia T-1051 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández.

61 sentencia T-324 de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

62 Sentencia C-653 de 2003, MP. Jaime Córdoba Triviño.

63 Sentencia T-550 de 2003, MP Clara Inés Vargas Hernández.

64 Sentencia C-273 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

65 Sentencia C-184 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

66 Sentencia T-495 de 2005, MP. Rodrigo Escobar Gil.

67 Sentencia T-585 de 2007, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

68 sentencia T-227 de 2006, MP. Jaime Córdoba Triviño.

69 Sentencia C-157 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

70 Ver entre otras, las sentencias C-1404 de 2000. MM.PP. Carlos Gaviria Díaz y Álvaro Tafur Galvis, C-173 y C-551 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis y C-592 de 1998 MP. Fabio Morón Díaz, en donde la Corte señaló : "el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros."

71 Corte Constitucional, sentencia C-041 de 1994., MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

72 Corte Constitucional, Sentencia C-309 de 1997 MP Alejandro Martínez Caballero. Sobre el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*, en la sentencia C-584 de 1997 se precisa que " Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional."

73 Corte Constitucional, Sentencia C-448 de 1997, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre este tema también pueden consultarse entre otras, las sentencias C-371 de 2000, C-110 de 2000, C-093 de 2001, C-068 de 1999, C-309 de 1997 y C-741 de 1999.

74 Corte Constitucional, Sentencia C-648 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

75 Corte Constitucional, Sentencia C-951 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, en donde la Corte examinó si resultaba conforme a la Carta, el tope de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales a la indemnización de daños ocasionados por conductas punibles, y aplicó el principio de proporcionalidad siguiendo el siguiente método: "(i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grave de manera manifiestamente desproporcionada (...) uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución." Como consecuencia de la aplicación de este método de análisis, la Corte resolvió: "PRIMERO.- Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y segundo del artículo 97, de la Ley 599 de 2000, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal. Este límite se aplicará a la indemnización de dichos daños cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible. SEGUNDO.- Declarar Exequible el inciso 3 del artículo 97, de la Ley 599 de 2000."

76 Ley 1098 de 2006, inciso 1º Artículo 98. *Competencia subsidiaria*. En los municipios donde no haya Defensor de Familia, las funciones que este Código le atribuye serán cumplidas por el comisario de familia. En ausencia de este último, las funciones asignadas al defensor y al comisario de familia corresponderán al inspector de policía.

77 Ley 906 de 2004, Artículo 219. *Procedencia de los registros y allanamientos*. El fiscal encargado de la dirección de la investigación, según lo establecido en los artículos siguientes y con el fin de obtener elementos materiales probatorios y evidencia física o realizar la captura del indiciado, imputado o condenado, podrá ordenar el registro y allanamiento de un inmueble, nave o aeronave, el cual será realizado por la policía judicial. Si el registro y allanamiento tiene como finalidad única la captura del indiciado, imputado o condenado, sólo podrá ordenarse en relación con delitos susceptibles de medida de aseguramiento de detención preventiva. [La expresión en negrilla fue declarada exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-479 de 2007] || Artículo 220. *Fundamento para la orden de registro y allanamiento*. Sólo podrá expedirse una orden de registro y allanamiento cuando existan motivos razonablemente fundados, de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en este código, para concluir que la ocurrencia del delito investigado tiene como probable autor o partícipe al propietario, al simple tenedor del bien por registrar, al que transitoriamente se encontrare en él; o que en su interior se hallan los instrumentos con los que se ha cometido la infracción, o los objetos producto del ilícito. || Artículo 221. *Respaldo probatorio para los motivos fundados*. Los motivos fundados de que trata el artículo anterior deberán ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. || Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías. || Cuando los motivos fundados surjan de la presencia de elementos materiales probatorios, tales como evidencia física, vídeos o fotografías fruto de seguimientos pasivos, el fiscal, además de verificar la cadena de custodia, deberá exigir el diligenciamiento de un oficio proforma en donde bajo juramento el funcionario de la policía judicial certifique que ha corroborado la corrección de los procedimientos de recolección, embalaje y conservación de dichos elementos. [En la sentencia C-673 de 2005, MP: Clara Inés Vargas Hernández, Salvamento Parcial del Magistrado Rodrigo Escobar Gil y Salvamento de Voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, el inciso primero de este artículo fue declarado exequible y el inciso 2º fue declarado exequible condicionalmente por los cargos analizados.] || Artículo 222. [Reformado por la Ley 1142 de 2007, artículo 14.] *Alcance de la orden de registro y allanamiento*. La orden expedida por el fiscal deberá determinar los lugares que se van a registrar. Si se trata de edificaciones, naves o aeronaves que dispongan de varias habitaciones o compartimentos, se indicará expresamente cuáles se encuentran comprendidos en la diligencia. || De no ser posible la descripción exacta del lugar o lugares por registrar, el fiscal deberá indicar en la orden los argumentos para que, a pesar de ello, deba procederse al operativo. En ninguna circunstancia podrá autorizarse por la Fiscalía General de la Nación el diligenciamiento de órdenes de registro y allanamiento indiscriminados, o en donde de manera global se señale el bien por registrar.

78 Según el artículo 221 de la Ley 906 de 2004, los motivos fundados que dan lugar al allanamiento deben "ser respaldados, al menos, en informe de policía judicial, declaración jurada de testigo o informante, o en elementos materiales probatorios y evidencia física que establezcan con verosimilitud la vinculación del bien por registrar con el delito investigado. || Cuando se trate de declaración jurada de testigo, el fiscal deberá estar presente con miras a un eventual interrogatorio que le permita apreciar mejor su credibilidad. Si se trata de un informante, la policía judicial deberá precisar al fiscal su identificación y explicar por qué razón le resulta confiable. De todas maneras, los datos del informante serán reservados, inclusive para los efectos de la audiencia ante el juez de control de garantías."

79 Sentencia C-176/07. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Fecha y hora de creación: 2024-07-17 11:19:07