

PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Bogotá, D.C., 22 de septiembre de 2021

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Ciudad

Expediente: D-14316

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad interpuesta por Manuel Gustavo Díaz Sarasty y María Inés Figueroa Dorado contra los artículos 1º y 2º (parciales) de la Ley 2089 de 2021, *“Por medio de la cual se prohíbe el uso del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia como método de corrección contra niñas, niños y adolescentes y se dictan otras disposiciones”*.

Magistrado Ponente: Alejandro Linares Cantillo

Concepto No.: 6997

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 278.5 de la Constitución Política¹, rindo concepto en el asunto de la referencia.

I. Antecedentes

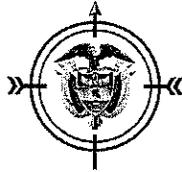
Los ciudadanos Manuel Gustavo Díaz Sarasty y María Inés Figueroa Dorado interpusieron demanda de inconstitucionalidad contra las expresiones que se subrayan de los artículos 1º y 2º de la Ley 2089 de 2021:

*“**Artículo 1º.** Los padres o quienes ejercen la patria potestad de los menores tienen el derecho a educar, criar y corregir a sus hijos de acuerdo a sus creencias y valores. El único límite es la prohibición del uso del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia contra niños, niñas y adolescentes. La prohibición se extiende a cualquier otra persona encargada de su cuidado, en cada uno de los diferentes entornos en los que transcurre la niñez y la adolescencia.*

El castigo físico y los tratos crueles o humillantes no serán causal de pérdida de la patria potestad o de la custodia, ni causal para procesos de emancipación, siempre y cuando no sean una conducta reiterativa y no afecte la salud mental o física del niño, niña o adolescente; sin perjuicio a que la utilización del castigo físico o tratos crueles o humillantes ameriten sanciones para quienes no ejerzan la patria potestad, pero están encargados del cuidado, en cada uno de los diferentes entornos en los que transcurre la niñez y la adolescencia.

***Artículo 2º. Definiciones.** Para la adecuada comprensión, interpretación e implementación de la presente ley, se adoptarán las siguientes definiciones:*

¹ “Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad”.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

a) Castigo físico: *Aquella acción de crianza, orientación o educación en que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar dolor físico, siempre que esta acción no constituya conducta punible de maltrato o violencia intrafamiliar.*

b) Tratos crueles, humillantes o degradantes: *Aquella acción con la que se hiere la dignidad del niño, niña o adolescente o se menosprecie, denigre, degrade, estigmatice o amenace de manera cruel, siempre que no constituya conducta punible. No será causal de pérdida de la patria potestad o de la custodia, ni causal para procesos de emancipación, siempre y cuando no sea una conducta reiterativa y no se afecte la salud mental o física del niño, niña o adolescente (...).*

Los accionantes solicitan que se declare la inexecutable de las expresiones acusadas, por desconocer los artículos 1°, 2°, 12, 42, 44 y 93 de la Constitución. Ello, pues al requerirse que el castigo y los tratos crueles sean reiterativos, y que además afecten la salud física o mental del menor de edad, a efectos de que puedan constituir una causal de privación de la custodia o de la patria potestad o permitan iniciar un proceso de emancipación judicial, se incumple la obligación que tiene el Estado de proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes ante escenarios de violencia intrafamiliar.

II. Concepto del Ministerio Público

El artículo 42 de la Constitución dispone que *“cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley”*, así como que *“la pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”*².

A su vez, el artículo 44 de la Carta Política establece la cláusula general de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, así:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución³, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia⁴.

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

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

² En esta misma línea, el artículo 68 de la Carta Política señala que *“los padres de familia tendrán derecho de escoger el tipo de educación para sus hijos menores”*.

³ Por ejemplo, los menores de edad, en los términos del artículo 12 de la Constitución no pueden ser *“sometidos a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”*.

⁴ El instrumento internacional por excelencia de protección de los derechos de los menores de edad es la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

A partir de las referidas disposiciones superiores, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha determinado que los modelos pedagógicos o pautas de crianza que involucren formas de maltrato o actos de violencia contra las niñas, niños y adolescentes son contrarios a la Carta Política, puesto que:

“Para reprender al niño no es necesario causarle daño en su cuerpo o en su alma (...). El uso de la fuerza bruta para sancionar a un niño constituye grave atentado contra su dignidad, ataque a su integridad corporal y daño, muchas veces irremediable, a su estabilidad emocional y afectiva. Genera en el menor reacciones psicológicas contra quien le aplica el castigo y contra la sociedad. Ocasiona invariablemente el progresivo endurecimiento de su espíritu, la pérdida paulatina de sus más nobles sentimientos y la búsqueda -consciente o inconsciente- de retaliación posterior, de la cual muy seguramente hará víctimas a sus propios hijos, dando lugar a un interminable proceso de violencia que necesariamente altera la pacífica convivencia social”⁵.

En este sentido, se ha indicado que *“el derecho de corrección que tienen los padres respecto del hijo menor no tiene un carácter absoluto, pues encuentra como límite los derechos fundamentales del menor y debe siempre atender el interés superior del niño. Es así como el derecho de corrección no puede conllevar la posibilidad de imponerles sanciones que impliquen actos de maltrato, de violencia física o moral, o que lesionen su dignidad humana, o que se puedan confundir con éstos, por ser contrarios a la Constitución”⁶.*

En la Sentencia C-1003 de 2007⁷, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones *“habitual”* y *“poner en peligro su vida o causarle grave daño”* que calificaban el maltrato como una causal de emancipación judicial de los menores de edad, argumentando que:

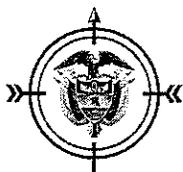
“A la luz de la Constitución resulta inaceptable, que, frente a situaciones de maltrato de los menores, el decreto judicial de emancipación del hijo y la consiguiente pérdida de la patria potestad del causante del mismo esté supeditado a que dicho maltrato se de en forma habitual, y aún más, a que sea necesario que tal maltrato llegue a un extremo de violencia tal que ponga en peligro la vida del menor o le cause grave daño (...).

En el marco de la Constitución de 1991, la potestad parental o patria potestad no constituye ya la investidura de un poder de mando discrecional y absoluto en cabeza de los padres, ni puede ejercerse legítimamente en provecho personal de quien la detenta, sino que debe concebirse como un instrumento basado en la relación jurídica paterno-filial, a través de la cual los padres han de ejercer sus derechos y cumplir los deberes que tienen para con los hijos, siempre bajo el

⁵ Sentencia C-371 de 1994. En relación con dicho fallo, en el Auto 122 de 2010, la Corte Constitucional indicó que *“el castigo corporal como mecanismo de corrección, en sí mismo, implica una forma de violencia física en contra de los menores, lo cual (...) está excluido de nuestro ordenamiento jurídico por virtud de la Sentencia C-371 de 1994, que declaró la exequibilidad de la expresión “sancionarlos moderadamente”, contenida en el artículo 262 del Código Civil, en el entendido de que está excluida de aquella, cualquier forma, incluida la moderada, de violencia física o moral”.*

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1003 de 2007.

⁷ En esta providencia, la Corte Constitucional se pronunció frente a una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1º. (parcial) del artículo 315 del Código Civil, modificado por el artículo 45 del Decreto 2820 de 1974.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

respeto de sus derechos, que son fundamentales, atendiendo a su interés superior, y garantizando su desarrollo armónico e integral, es decir, sin ejercer sobre ellos ninguna clase de maltrato (...).

En efecto, la causal (...) resulta desproporcionada al someter la vigencia de la patria potestad a los maltratos habituales que pongan en peligro la vida del menor o le causen grave daño. Medida consagrada por el legislador hace más de un siglo, que no está en capacidad de lograr la protección oportuna a los niños, niñas y adolescentes exigida por la nueva Constitución de 1991”.

En esta misma línea argumentativa, en la Observación General No. 8 de 2006⁸, el Comité de los Derechos del Niño indicó que los preceptos de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño⁹ “*exigen la eliminación de toda disposición (en el derecho legislado o jurisprudencial) que permita cierto grado de violencia contra los niños (por ejemplo, el castigo o la corrección en grado “razonable” o “moderado”) en sus hogares o familias o en cualquier otro entorno*”¹⁰.

A efectos de armonizar la normativa interna sobre la materia con los parámetros internacionales, el Congreso de la República expidió el Código de la Infancia y la Adolescencia¹¹, en el cual, en el artículo 14 indicó que: “*en ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos*”; y en el artículo 18 dispuso que “*se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona*”.

En punto de ello, la Corte Constitucional ha aclarado que si bien los menores de edad tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella, lo cierto es que dicha prerrogativa no es absoluta, pues el Estado puede intervenir y romper los vínculos de aquellos núcleos filiales en los que se evidencie que los niños, niñas o adolescentes son víctimas de maltrato infantil¹².

⁸ En el numeral 18 de ese documento se señala que en: “*el artículo 37 de la Convención se afirma que los Estados velarán por que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Esta afirmación se complementa y amplía en el artículo 19, que estipula que los Estados “adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. No hay ninguna ambigüedad: la expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños. Los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes son formas de violencia y perjuicio ante las que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para eliminarlas*”.

⁹ Incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 12 de 1991.

¹⁰ A su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe del 5 de agosto de 2009, “*sobre el castigo corporal y los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes*” consideró, en su punto 113, que “*en el marco de lo previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos interpretada a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, la CIDH afirma que el uso del castigo corporal como método de disciplina de niñas, niños y adolescentes, ya sea impuesto por agentes estatales o cuando un Estado lo permite o tolera, configura una forma de violencia contra los niños que vulnera su dignidad y por ende sus derechos humanos*”.

¹¹ Ley 1098 de 2006.

¹² En las Sentencias C-997 de 2004 y T-044 de 2014, se señaló que “*el derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de*



Pues bien, la Procuraduría considera que las expresiones demandadas del inciso segundo del artículo 1° y del literal b) del artículo 2° de la Ley 2089 de 2021 son inexecutable, porque desconocen los mandatos superiores que le imponen al legislador el deber de sancionar todo tipo de violencia física y psicológica en el entorno familiar hacia los niños, niñas y adolescentes. Ello, pues, a pesar de la prohibición constitucional de maltrato infantil, impiden al operador jurídico encargado de decidir sobre la patria potestad, la custodia o la emancipación, determinar si la imposición de un castigo físico o la comisión de un trato cruel o humillante es una razón suficiente para limitar o restringir ciertos vínculos familiares, exigiendo irrazonablemente que la conducta sea reiterativa o que tenga el potencial de afectar la salud de la víctima.

Además, el Ministerio Público advierte que con una fórmula de regulación alternativa, el legislador replicó una disposición similar a la que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-1003 de 2007. En concreto:

(i) Como se reseñó líneas atrás, dicho fallo advirtió contrario a los derechos de los niños, niñas y adolescentes limitar su emancipación judicial y, por consiguiente, el decreto de la pérdida de la patria potestad, a la calificación del maltrato como *“habitual”* o con el alcance de *“poner en peligro su vida o causarle grave daño”*; y

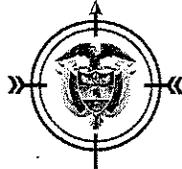
(ii) En el inciso segundo del artículo 1° y en el literal b) del artículo 2° de la Ley 2089 de 2021, de manera semejante, se establece que los *“tratos crueles, humillantes o degradantes (...) no serán causal de pérdida de la patria potestad o de la custodia, ni causal para procesos de emancipación, siempre y cuando no sea una conducta reiterativa y no se afecte la salud mental o física del niño, niña o adolescente”*.

Para la Procuraduría es preocupante: (i) introducir al ordenamiento jurídico expresiones normativas que retrocedan en la protección de las prerrogativas de los niños, niñas y adolescentes, más aún cuando disposiciones similares fueron encontradas incompatibles con el ordenamiento superior por la Corte Constitucional; y que (ii) se adopte una regulación sin tener en cuenta los compromisos internacionales del Estado colombiano que propenden por eliminar cualquier tipo de violencia infantil, incluida toda clase de castigo físico y trato cruel o humillante.

En relación con la expresión acusada del literal b) del artículo 2° de la Ley 2089 de 2021, el Ministerio Público estima que la equiparación del castigo físico como una acción de *“crianza, orientación o educación”*, también es problemática desde una perspectiva constitucional, puesto que, dado el valor simbólico del lenguaje¹³, promueve el uso de la fuerza física como un método pedagógico y, por ende, fortalece el imaginario colectivo que lo considera justificable.

afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos”.

¹³ *“El lenguaje no es neutral -o no siempre lo es- y ostenta, entre otras, dos funciones. Una instrumental, en términos comunicativos; y, otra simbólica, en la que el lenguaje se entiende como un fenómeno social, cultural e institucional que refleja ideas, valores y concepciones vigentes en un contexto; al tiempo que valida y construye prácticas. En una y otra dimensión, se convierte en un factor potencial de inclusión o de exclusión social”* (Corte Constitucional, Sentencia C-552 de 2019).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Ciertamente, como lo ponen de presente algunos de los intervinientes¹⁴, en Colombia todavía es aceptado social y culturalmente el ejercicio de la violencia como forma de corrección de los hijos por parte de los padres. Al respecto, se destaca que, según estudios sociológicos, *“el cambio de prácticas y representaciones en torno al castigo físico, un fenómeno tan arraigado en la cultura, en la cotidianidad, implica la revisión del pasado colectivo de la sociedad y, así mismo, de la historia personal (...). La puesta en examen del castigo podría ser entendida como una afrenta a la herencia social, el menosprecio por un pasado sobre el cual se tiene la idea de nostalgia. En ese sentido, debe tenerse presente que la propuesta de cambio respecto al castigo físico puede ser recibida en el ámbito sociofamiliar como transgresora del orden establecido de un tiempo atrás”*¹⁵.

Así las cosas, la Procuraduría solicitará que se declare la inexecutable de las expresiones normativas demandadas con el propósito de salvaguardar los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en especial, su prerrogativa a ser protegidos de toda forma de maltrato y violencia.

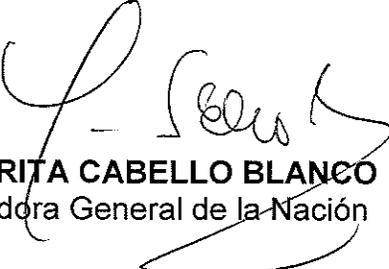
III. Solicitud

Por las razones expuestas, la Procuraduría le solicita a la Corte Constitucional que declare:

(i) La **INEXEQUIBILIDAD** de la expresión *“el castigo físico y los tratos crueles o humillantes no serán causal de pérdida de la patria potestad o de la custodia, ni causal para procesos de emancipación, siempre y cuando no sean una conducta reiterativa y no afecte la salud mental o física del niño, niña o adolescente”*, contenida en el artículo 1º de la Ley 2089 de 2021; y

(ii) La **INEXEQUIBILIDAD** de las expresiones *“de crianza, orientación o educación”* y *“no será causal de pérdida de la patria potestad o de la custodia, ni causal para procesos de emancipación, siempre y cuando no sea una conducta reiterativa y no se afecte la salud mental o física del niño, niña o adolescente”*, contenidas respectivamente en los literales a) y b) del artículo 2º de la Ley 2089 de 2021.

Atentamente,


MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

Elaboró: Nelly Roa Mosquera – Profesional Universitario Grado 17.

Aprobó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSVR



¹⁴ Cfr. Intervenciones de la Presidencia de la República, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de la Universidad Externado de Colombia.

¹⁵ Tobón Berrío, L. E. (2020). El castigo físico desde la narrativa de padres y madres ordinarios. Entre tradición, ciencia y derecho. *Estudios Socio-jurídicos*, 22(2), 1-28. Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.8365>. Pág. 22.