

Honorables Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Sala de lo Contencioso Administrativo
E.S.D.

Referencia: **Acción de Nulidad contra los artículos 15 parcial, 33 parcial, 34 parcial, 48 parcial, 52 parcial, 71 parcial, 77 parcial, y 80 parcial, y de la resolución 2047 de 27 de diciembre de 2004, proferida por la Directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita, y su resolución aprobatoria No. 7049 del 29 de diciembre de 2004, proferida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC-**

SORAYA GUTIÉRREZ ARGÜELLO, representante legal de la **CORPORACIÓN “COLECTIVO DE ABOGADOS, JOSÉ ALVEAR RESTREPO”**, organización no gubernamental defensora de derechos humanos, con personería jurídica y domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. acudo ante esa honorable corporación para interponer **ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD**, en los términos del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contra los **artículos 15 parcial, 33 parcial, 34 parcial, 48 parcial, 52 parcial, 71 parcial, 77 parcial, y 80 parcial**, de la **RESOLUCIÓN 2047 DE 27 DE DICIEMBRE DE 2004, PROFERIDA POR LA DIRECTORA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE ALTA Y MEDIANA SEGURIDAD DE CÓMBITA, Y SU RESOLUCIÓN APROBATORIA NO. 7049 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 2004, PROFERIDA POR EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-**, representando por su Director General, **MAYOR GENERAL ® RICARDO EMILIO CIFUENTES**, por las razones que se expondrán a continuación.

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de diciembre de 2004, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante, INPEC), mediante la resolución 7049, aprobó el Reglamento Interno del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita (en adelante, el Reglamento), el cual fue realizado por la directora de ese mismo establecimiento, doctora Imelda López Solórzano, y emitido mediante Resolución 2047 del 27 de diciembre de ese mismo año. Este procedimiento se encuentra contemplado en el artículo 53 de la ley 65 de 1993, *“por medio de la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”*.

El Reglamento consta de 103 artículos, los cuales han sido distribuidos en 10 títulos de la siguiente forma: I: de los principios rectores, II: de las normas generales, III: de las disposiciones específicas del establecimiento, IV: de los órganos penitenciarios y carcelarios, V: de los niveles de seguridad y responsabilidad, VI: de las disposiciones relativas a los internos, VII: de la atención integral al interno de alta seguridad, VIII: del contacto con el mundo exterior, IX: de los horarios, y, X: de los medios de control y sanción.

Después de un análisis a la luz de la ley 65 de 1993, la Constitución Nacional y la jurisprudencia que la ha interpretado, y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos debidamente ratificados por Colombia y sus criterios autorizados de interpretación, nuestra organización consideró que los artículos 15 parcial, 33 parcial, 34 parcial, 48 parcial, 52 parcial, 71 parcial, 77 parcial, y 80 parcial, del Reglamento en cuestión violan dichas disposiciones, por lo cual el Consejo de Estado, como órgano competente, deberá juzgar su permanencia dentro del ordenamiento jurídico colombiano, y, si es el caso, retirarlos.

Para ello, en los siguientes párrafos transcribiremos las normas impugnadas, subrayando y resaltando en negrilla aquel aparte que consideramos contrario a la ley pertinente, la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos. Posteriormente, en un tercer capítulo determinaremos los fundamentos jurídicos que nos lleva a afirmar la ilegalidad y/o inconstitucionalidad de cada una de las normas demandadas. Por último, en virtud de la posibilidad jurídica que nos ofrece el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, argumentaremos la necesidad que surge, para la garantía del orden constitucional y legal vigente y la plena efectividad de los derechos humanos, de que el honorable Consejo de Estado determine, mientras se resuelve la acción instaurada, la suspensión provisional de las normas acusadas.

II. NORMAS IMPUGNADAS

Reglamento de Régimen Interno para el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cóbbita

Artículo 15. Consejo de Disciplina. Es el órgano encargado de evaluar y calificar la conducta de los internos conforme lo dispone el Artículo 77 del Acuerdo 0011 de 1995 y dentro de sus funciones además de las establecidas en el Artículo 76 del precitado Acuerdo y el artículo 133 de la ley 65 de 1993 se encuentra:

...

El consejo de Disciplina estará integrado por:

...

*- Un representante elegido por la población reclusa, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 118 de la Ley 65 de 1993, **quien participará con voz pero sin voto.***

...

Artículo 33. Elementos de ingreso permitidos. Se autoriza a los visitantes el ingreso de los elementos que a continuación se relacionan considerados de permitida tenencia, los cuales podrán guardarse en

la celda del interno CONDENADO, en el tiempo, periodicidad y cantidad máxima que se señala:

MENSUALMENTE

- Dos (2) jabones de tocador
- Cinco (5) rollos de papel higiénico
- Una (1) crema dental en envase plástico
- Un (1) desodorante en barra en envase plástico
- Un (1) champú en envase plástico de 250 ML.
- Un (1) cepillo dental de mango plástico
- Un (1) peine para cabello
- Un enjuague (1) bucal en envase plástico transparente de 250 ML.
- Un (1) lapicero de empaque transparente
- Dos (2) máquinas de afeitar desechables
- Una (1) lima de uñas en cartón
- Talco en recipiente plástico de 250 gramos.
- Tres (3) preservativos

SEMESTRALMENTE

- Dos (2) sábanas blancas
- Dos (2) sobre sábanas blancas
- Dos (2) toallas medianas blancas
- Una cobija (por una sola vez al ingreso del interno al penal)
- Un (1) cuaderno sin argollas
- Un (1) block sin argollas
- Cuatro (4) pares de medias color claro
- Cuatro (4) pantaloncillos
- Una (1) pantaloneta sencilla de color claro
- Tres (3) camisetas color claro
- Tres (3) busos de lana color beige o caqui no cuello alto
- Un (1) par de tenis de suela delgada, sin cámara de aire
- Un (1) par de chancletas de caucho
- Un (1) par de zapatos de suela delgada sin cambrión
- Una (1) pijama color claro
- Un (1) pantalón color claro
- Una (1) camisa color claro

Parágrafo 1. Para los internos SINDICADOS de Alta Seguridad, se autorizará el ingreso de los mismos elementos descritos en este artículo, además de tres pantalones de color claro y tres camisas color claro. Asimismo, para los internos SINDICADOS se aplicará lo dispuesto en el artículo 133 del presente reglamento.

En los relacionado con la ropa de cama y vestuario será autorizado su ingreso previa devolución a sus visitantes de los que tenga en su poder y hasta el número máximo permitido.

También será de permitido ingreso y tenencia los siguientes elementos que podrán ser renovados siempre y cuando se devuelvan los que tenga en su poder:

- ***Tres (3)*** fotografías hasta tamaño postal
- ***Tras (3)*** libros ***de pasta blanda***
- *Fotocopia del expediente en el cual se encuentra vinculado*

*También se autorizará el ingreso **por una sola vez** de una colchoneta de espuma de 180 cms de largo por 90 cms de ancho y hasta 12 cms de grosor, forrada en tela.*

Parágrafo 2. La periodicidad de recepción a que hace referencia esta norma regirá de la siguiente manera:

- **semestral: los meses de enero y julio de cada año, bien sea por vía de encomienda o entrega directa al establecimiento de reclusión.**
- **mensual: ingresan con la primera visita femenina o masculina que reciba el pabellón,**

En caso que el interno ingrese en fechas diferentes a las anteriores se le recepcionará los elementos permitidos en forma excepcional, previa autorización del Director del establecimiento.

...

Artículo 34. Elementos prohibidos. Además de los descritos en este reglamento, también se prohíbe el ingreso por parte de los internos de los siguientes elementos:

Radios transistores y pilas de cualquier tipo, correas, cuerdas o elementos similares, billeteras, material de proselitismo político, bebidas embriagantes, armas de cualquier tipo, explosivos, sustancias narcóticas y psicotrópicas, cables de conducción eléctrica, objetos propios para juego de azar, hornos corrientes, hornos microondas, electrodomésticos de cualquier tipo, elementos de comunicaciones tales como buscapersonas, celulares, teléfonos inalámbricos, radios de comunicaciones, cámaras fotográficas o de video, cualquier tipo de

prensas de vestir de color azul oscuro, negro o verde oliva, gorras, pasamontañas, brazaletes, pelucas, maquillaje femenino, prendas femeninas, gabanes y abrigos, animales de cualquier especie, envases de cualquier tipo, resistencias, **ruanas, guantes, bufandas**, medicamentos sin fórmula ordenada o avalada por el médico del establecimiento, dinero, joyas, relojes, objetos de valor, **documentos o literatura que esté en contra del ordenamiento jurídico o disciplinario** y que contenga temas subversivos o que hagan apología al delito. Estos serán decomisados por el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria y Carcelaria y puestos a disposición de la Autoridad Judicial competente, si es del caso; sin perjuicio de las acciones disciplinarias que correspondan.

Artículo 48. Recibo y uso de la celda asignada. El comandante de pabellón entregará al interno de alta seguridad la celda asignada, debidamente inventariada, quien la devolverá en el mismo estado, salvo el deterioro normal causado por el uso, debiendo responder por los daños ocasionados a título de dolo o culpa.

Parágrafo. Se prohíbe el uso de cortinas y otro elemento en las puertas de las celdas, camarotes, baño y ventanas que impidan parcial o totalmente el control visual sobre la celda o el interno.

Se prohíbe el uso decorativo de cuadros, afiches, objetos artesanales o papel de colgadura sobre las paredes.

Artículo 52. Higiene personal. Es deber de todo interno de alta seguridad bañarse y afeitarse diariamente salvo prescripción médica. **Sin excepción, no está permitido en uso de barba ni el cabello largo.**

Artículo 71. Información externa. La información externa a que tiene derecho todo interno de alta seguridad, relacionada con noticias sobre acontecimientos de la vida nacional e internacional, se desarrollará de acuerdo a los dispuesto en el artículo 11º de la Ley 65/93. Lo anterior se cumplirá a través de dos sistemas así:

...

Escrito. La dirección del establecimiento permitirá el ingreso de periódicos revistas, publicaciones y similares, **siempre y cuando no atenten contra la legalidad de las instituciones, la moral y las buenas costumbres.** Estos solo podrán permanecer en las áreas comunes. El comandante de pabellón será responsable del cumplimiento de esta disposición.

...

*Artículo 77. Visita íntima para internos sindicados en Alta Seguridad y capturados con fines de extradición. El director del Establecimiento de Reclusión previa solicitud del interno sindicado en Alta Seguridad, **podrá conceder la visita íntima cada treinta (30) días, y para los capturados con fines de extradición será cada cuarenta y cinco (45) días** siempre que se den los siguientes requisitos:*

...

*Artículo 80. Visita íntima para condenados en alta seguridad. El Director del Establecimiento previa solicitud del interno de alta seguridad **podrá conceder la visita íntima cada seis semanas,** siempre que se den los siguientes requisitos:*

...

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

A continuación se expondrán los argumentos jurídicos por los cuales señalamos que las normas transcritas en la sección anterior son contrarias a la Constitución y a la Ley.

Artículo 15 parcial

Artículo 118 de la Ley 65 de 1993: El artículo 15 parcial, que señala que podrá participar del Consejo de Disciplina del penal “*Un representante elegido por la población reclusa, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 118 de la Ley 65 de 1993, quien participará con voz pero sin voto*”, contraría el artículo 118 de la ley 65 de 1993, en tanto el mismo dice lo siguiente:

ARTÍCULO 118. CONSEJO DE DISCIPLINA. En cada establecimiento de reclusión funcionará un Consejo de Disciplina. El reglamento general determinará su composición y funcionamiento. En todo caso, de él hará parte el personero municipal o su delegado y un interno con su respectivo suplente de lista presentada por los reclusos al director

del establecimiento para su autorización, previa consideración del delito y de la conducta observada por los candidatos. La elección se organizará de acuerdo con las normas internas.

Como se observa de la comparación entre el articulado de la norma superior y el artículo 15 parcial del Reglamento, la ley no señala expresamente restricción alguna a la participación del interno en dentro del Consejo de Disciplina; es más, dentro del mismo párrafo determina la participación de éste junto con la del personero municipal, dando a entender que su función es reglamentar los contrapoderes adentro de dicho órgano de decisión.

De ser así, la imposibilidad de voto que el Reglamento estipula para el interno elegido por la población carcelaria va en contra de la idea de participación efectiva provista en la ley de la república que, en últimas, tiene como finalidad desarrollar el derecho fundamental a la participación que tiene la Constitución Nacional, esta vez, para un caso específico.

Artículo 1 y 40 de la C.N.: Por lo anterior, también es claro que el artículo 15 parcial del Reglamento no sólo se limita a violar la ley que le permite su existencia dentro del mundo jurídico, sino que, a su vez, viola artículos constitucionales que señalan el derecho a la participación como un derecho fundamental, que tiene como finalidad llevar a buen término los derechos de los ciudadanos.

El artículo primero de la Constitución señala que Colombia es una república (..) participativa y el artículo 40 hace lo mismo describiendo que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Las anteriores afirmaciones han llevado a entender que la democracia, en este caso aquella que se pretende plasmar dentro del Consejo de Disciplina del centro de reclusión, va más allá de la mera conformación orgánica, sino que, además, esta relacionada con la conciencia de igualdad y libertad del ser humano que, para el caso en cuestión, tendría que ver con la posibilidad de disentir, interlocutar y elegir, en condiciones de igualdad a

la de los otros miembros, dentro de situaciones que afecten el normal funcionamiento de dicho centro.

En este aspecto, es pertinente recordar que la Corte Constitucional, mediante jurisprudencia reiterada, ha señalado que *“la democracia no es simplemente una forma de organización estatal. Es un proyecto político cuyo fundamento material es la dignidad humana y sus manifestaciones concretas de la diversidad y la libertad.”*¹

En conclusión, cuando la ley 65 de 1993, en su artículo 118 señala para el caso concreto lo que la Constitución determina en sus artículos 1 y 40, construye una posibilidad de participación que los internos tienen para elegir su propio representante, por lo que restringir dicha participación a un mero espacio de interlocución sin posibilidad de decisión, se torna absolutamente contrario a sí misma, más aún cuando de la competencia del Consejo de Disciplina tiene dentro de sus posibilidades legales preferir sanciones contra miembros de la población carcelaria.

Artículo 33 parcial

Artículo 9 de la ley 65 de 1993: El artículo 33 del Reglamento tiene como objetivo señalar los elementos que podrán ingresar los internos a sus celdas, determinando, a su vez, *“el tiempo, la periodicidad y la cantidad máxima”* de los mismos. Sin embargo, en el entendido que las medidas de seguridad, tal y como lo estipula el artículo 9 de la ley 65 de 1993 *“persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”*, no vemos que la restricción a la cantidad, la periodicidad y el tiempo de los elementos de aseo y personales, los libros y las fotografías sea legítima, pues, primero, no genera ningún riesgo para la seguridad del propio establecimiento, segundo, tampoco lo hace con respecto a la del interno, y, tercero, no produce ningún efecto positivo que lleve a que la persona que se encuentra reclusa sea rehabilitado, tal y como lo señala la ley de la república.

¹ Sentencia de tutela T-439 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes

Con lo anterior, no queremos decir que es contrario a la ley tener una restricción a los elementos que deben encontrarse al interior de la celda del interno, es más, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-394 de 1995 declaró esta norma acorde a la carta política. Lo que queremos argumentar es que no existe criterio justificativo para se restrinja en tiempo de uso y cantidad los elementos de aseo ni mucho menos que exista una medida máxima para que el interno pueda conservar fotografías de sus familiares, allegados o, simplemente, de quien el decida, o una cantidad y especificación técnica de los libros que puede conservar.

En este caso, es claro que cualquier medida impuesta por El Reglamento debe ser estudiada bajo un juicio de proporcionalidad que permita ver el grado de necesidad que lleva la misma con respecto a la restricción impuesta, en el caso concreto, la limitación de la cantidad de libros así como sus características físicas, el tamaño de las fotografías y la cantidad de las mismas, y la limitación en el tiempo y la cantidad de los elementos de aseo y personales, con respecto a la seguridad del plantel.

Ese juicio tiene los siguientes pasos: *“(i) determinar si la medida limitativa busca una finalidad constitucional, (ii) si es adecuada respecto del fin, (iii) si es necesaria para la realización de éste –lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido- y (iv) si es estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado.”*²

Siendo así, es claro que la restricción impuesta a los elementos permitidos persigue un fin constitucional determinable, cual es la seguridad del Establecimiento, de sus internos y de los guardianes. Sin embargo, siendo este el fin, no existe adecuación con relación a la medida, pues no se ve, a nuestro juicio, que la posibilidad que el interno tenga más de tres libros, o que tenga fotografías más amplias que una postal, o que tenga elementos de aseo en cantidades mayores a las estipuladas en la norma demandada, contenga en sí mismo una grave amenaza a la seguridad de la cárcel.

² Sentencia de tutela T-1321 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica

En este momento de la discusión, en la medida que la norma demandada no cumple con el segundo paso del juicio de proporcionalidad, se hace innecesario seguir con la argumentación, pues creemos que no existe justificación constitucional ni legal para que la misma deba seguir haciendo parte de nuestro ordenamiento jurídico, al igual que tampoco existe proporcionalidad entre su existencia y el fin que busca proteger.

Artículo 34 parcial (primer aparte)

El artículo 34 parcial tiene como finalidad determinar cuales son los elementos prohibidos al interior del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita, entre los que se encuentran *“ruanas, guantes, bufandas, (...) documentos o literatura que esté en contra del ordenamiento jurídico o disciplinario”*. Para argumentar la nulidad de estos términos señalados en la norma, primero nos ocuparemos de fundamentar lo pertinente en lo que respecta a *“ruanas, guantes, bufandas”*, y, posteriormente, se hará lo mismo con los *“documentos o literatura que esté en contra del ordenamiento jurídico o disciplinario”*.

Artículo 12 de la C.N., artículos 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Como vemos, el Reglamento en su artículo 34 permite, aunque de manera restringida, que el interno introduzca al plantel unos elementos de vestuario entre los cuales no se hace referencia explícita a aquellos que tienen como finalidad específica la protección contra bajas temperaturas atmosféricas. Por tal razón, se podría pensar que estos elementos son proporcionados por el Establecimiento, si tenemos en cuenta la importancia que cobra su uso en una zona del país como Tunja, Boyacá, que se caracteriza por el frío constante, más aún, en horas de la noche. Sin embargo, en los elementos que el Establecimiento le da a los internos tampoco aparecen señalados aquellos que tienen como función proteger de la temperatura baja, por lo cual debemos concluir que, simplemente, su tenencia al interior del mismo está totalmente proscrita.

Ahora bien, en el entendido que el lugar donde se encuentra el Establecimiento es de conocimiento público bastante frío, nos queda por demostrar que esta prohibición vulnera el derecho de todo interno a conservar su integridad física y moral y a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles o inhumanos. Para ello, primero, mostraremos cuáles son las normas que protegen tal derecho, para, segundo, determinar el porqué de la incompatibilidad de la norma impugnada con los parámetros constitucionales y legales.

El artículo 12 de la Constitución Nacional estipula que *“nadie podrá ser sometido a desaparición forzada, a torturas ni a a tratos crueles o degradantes”*. Por su parte, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que *“Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”* y en su artículo 10 hace lo mismo de la siguiente forma:

“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

2.

a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;

b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

De igual forma, el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina que *“...nadie deber ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”*.

No obstante, en virtud de la indeterminación que puede surgir de cada uno de los artículos antes mencionados, organismos internacionales como la Organización de las Naciones unidas (en adelante, ONU), con el apoyo del Estado colombiano, ha proferido diferentes documentos que tienen como finalidad estipular el alcance de estos derechos humanos cuando de población carcelaria se trata. Un primer documento que debemos tener en cuenta, a manera de interpretación autorizada, es el denominado “*Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos*”, que en su principio No. 17 señala claramente que, en caso que el “*recluso que no se le permita vestir sus propias prendas recibirá las apropiadas al clima y suficientes para mantenerle en buena salud...*”

Siendo así, queda por señalar si la prohibición de usar prendas específicas para controlar el frío del entorno y, por ende, proteger la salud propia, es una violación al derecho que tiene todas las personas a no ser sometidos a torturas no tratos crueles o inhumanos. En este sentido, vale la pena recordar lo dicho por la Corte Constitucional mediante sentencia T 1030 de 2003, donde, conociendo una acción de tutela interpuesta por los mismos internos que hoy se ven afectados por esta reglamentación, señaló que la clase de vestimenta “*que venían empleando los internos no se ajusta a los rigores del clima y que tal comportamiento del accionado riñe con el principio de dignidad humana*”. Y es pertinente traer esta sentencia a la discusión porque, hasta el momento, no se ha cambiado la indumentaria que, para el año 2003, la Corte consideró violatoria de la dignidad humana. Es más, actualmente, cursa dentro de un juzgado de la república un incidente de desacato por la falta de cumplimiento, por parte del penal, del fallo proferido.

Tenemos, entonces, que la prohibición para que los internos de un establecimiento carcelario puedan vestir ropa adecuada a las condiciones climáticas es claramente una violación al principio de dignidad humana consagrado en la Constitución y en los diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, el cual, a su vez, le da el sustento para que existan derechos como el de no ser sometido a torturas ni

tratos crueles ni inhumanos. Por ello, debemos concluir que la prohibición de usar ropa especializada para contener el frío, y que la misma no sea proporcionada por el establecimiento, viola, indefectiblemente, los derechos consagrados en las normas antes descritas.

Artículo 34 parcial (segundo aparte)

La segunda parte de la parcialidad demandada señala que son elementos prohibidos “*documentos o literatura que esté en contra del ordenamiento jurídico o disciplinario*”. Para demostrar por qué esta prohibición es contraria a normas constitucionales, primero, determinaremos cuáles son los principales problemas que surgen del término para, posteriormente, señalar el concepto de la violación.

Al referirnos a “*documentos o literatura que esté en contra del ordenamiento jurídico o disciplinario*”, debemos tener claridad desde qué sistema de normas señalamos esa valoración. Desde un sistema normativo moral o político libros que propendan por la sustitución de un orden económico, político o social diferente al establecido estaría en contra de lo jurídico o disciplinariamente aceptable; por ejemplo, un escrito donde un politólogo proponga que la mejor forma de establecer a Colombia como Estado es una organización parlamentaria, estaría en contra de la Constitución, o un manuscrito económico donde se señale que el libre mercado que se encuentra contemplado en la Carta política es un obstáculo para garantizar las garantías sociales de la población colombiana más pobre también lo sería, de igual forma, una propuesta de algún teórico jurídico que proponga que la fundamentación meramente legalista de la mayoría de los sistemas jurídicos suramericanos es insuficiente para dar cuenta de la complejidad de los casos concretos constituiría otra violación a la carta.

Sin embargo, para efectos de las decisiones de cualquier funcionario público y para el bien de la población colombiana, el único sistema normativo que le da la posibilidad al Estado de restringir la circulación de algún escrito que contraríe el régimen jurídico es el Derecho, pues basarse en otro tipo de supuestos es un ejercicio de arbitrariedad

proscrito, por ejemplo, durante todo el articulado de la carta política, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos entre otros. Habiendo hecho ésta claridad, el artículo 34 del Reglamento, en su aparte señalado, viola las siguientes normas:

Artículo 110 de la ley 65 de 1993: El artículo 34, en la frase según la cual son elementos prohibidos “*documentos o literatura que esté en contra del ordenamiento jurídico o disciplinario*”, viola el artículo 110 de la ley 65 de 1993, en el cual se señala que “*los reclusos gozan de libertad de información, salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada*”.

La violación consiste en que el artículo 110 de la ley 65 de 1993 es clara en determinar como regla general la libertad de información que tienen los presos en las cárceles colombiana, y sólo expone una causal de suspensión del derecho fundamental de información, la cual, dada su propia naturaleza, debe subsistir por tiempo limitado y de manera motivada. Siendo así, en la situación normal y cotidiana de un establecimiento penitenciario no se puede restringir dicho derecho de carácter constitucional.

Vale la pena recordar lo dicho por la Corte Constitucional, cuando se refirió al artículo 110 de la ley en mención dentro de la sentencia de tutela T-706 de 1996:

“...es menester enfatizar que una limitación al derecho fundamental a la información de quien se encuentra recluso en un centro carcelario, sólo puede provenir de la necesidad de preservar la disciplina y el orden internos de ese centro de una alteración grave. Es así como los hechos que den lugar a una restricción del derecho a la información, deben revestir una importancia de tal magnitud que sólo sea posible conjurarlos a través de la mencionada restricción. En otras palabras, la medida restrictiva debe constituir el último instrumento al alcance de las autoridades penitenciarias y carcelarias -el cual sólo puede ser utilizado cuando otras medidas menos gravosas hayan demostrado su inidoneidad para restablecer el orden interno de una prisión-, y ha de guardar proporción con la gravedad de la situación que se pretende

solucionar y estar exclusivamente dirigido a conjurar la perturbación que le sirve de fundamento.”³

Artículos 16, 18 y 20 de la CN, Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: El aparte demandado viola gravemente el artículo 16, relativo al libre desarrollo de la personalidad, el artículo 18, relativo a la libertad de conciencia, y el artículo 20 de la Constitución Nacional, relativo a la libertad de expresión. En cuanto a los artículos 16 y 18 de la Carta, la imposibilidad material de acceder a un tipo de literatura crítica condiciona negativamente la construcción de la persona que se encuentra recluida, impidiendo que se tenga la posibilidad de escoger la forma en que quiere moldear su personalidad.

Es más, se podría deducir de la restricción del Reglamento que lo que se pretende es la homogenización de conciencias, la cual está absolutamente prohibida por la Constitución y una infinidad de instrumentos de protección de derechos humanos. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que:

“la resocialización de quien ha delinquido no puede consistir, bajo ninguna perspectiva democrática y razonable, en un proceso de homogeneización de las conciencias. En efecto, la entrada del individuo a la prisión no implica que este pierda su identidad o que deba abdicar de sus ideas y convicciones personales por causa del cumplimiento de la pena que le ha sido impuesta. El proceso de resocialización consiste, únicamente, en lograr que el interno no reincida en las actividades delictuosas que determinaron su entrada a la prisión. Por esta razón, la anotada resocialización no tiene color político o ideológico de ninguna clase y, por ello, no puede estar dirigida a controlar la forma de pensar de los reclusos.”⁴

Siendo así, la protección que deben dar los funcionarios públicos para que lo reclusos puedan ejercer libremente su derecho fundamental a la libertad de conciencia significa, necesariamente, que no pueden existir restricciones indeterminadas (como es el caso de

³ Sentencia de tutela T-706 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en www.ramajudicial.gov.co

⁴ Ibídem

la frase “orden jurídico o disciplinario”). No podemos olvidar que *“la dignidad de la persona debe ser considerada, primariamente, como aquel valor constitucional que busca proteger al individuo en tanto ser racional y autónomo, capaz de adoptar las decisiones necesarias para dar sentido a su existencia y desarrollar plenamente su personalidad y, de conformidad con ello, determinar sus acciones sin coacciones ajenas de ninguna índole.”*⁵

Sobre el artículo 20 de la carta, la norma demandada es violatoria del mismo en tanto la libertad de expresión e información no sólo se ejerce con la posibilidad que tiene la persona para difundir alguna idea, privada o públicamente, de una situación que, por uno u otro motivo, ella cree debe pronunciarse, sino que, también, con la posibilidad de formarse un marco teórico y analítico sobre el cual se pueden hacer esas valoraciones.

Esos marcos teóricos y analíticos necesitan necesariamente el acceso a información contenida en literatura, teoría o, simplemente, prensa que, si bien puede plantear desacuerdos con el orden establecidos, gracias a nuestro sistema democrático y constitucional está absolutamente legitimada para circular por todo el territorio nacional sin más restricciones que las que imponen las leyes. Siendo así, *“es completamente inaceptable, desde la perspectiva constitucional, que una autoridad considere que determinados medios de comunicación, cuya circulación ha sido autorizada por parte de la autoridad competente, son per se subversivos del orden establecido”*⁶.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la protección al derecho humano a la libertad de expresión debe entenderse con sólo a la información o a las ideas favorables, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben, porque tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y

⁵ Sentencia de tutela T-472 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶ *Ibidem*

apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática.⁷ Se puede decir que *“la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática (...). Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”*.⁸

En conclusión, *“el derecho de expresión comprende no sólo la libertad de difundir informaciones e ideas de toda índole sino también la libertad de buscarlas y recibirlas, sin consideración de frontera, y por cualquier medio, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.”*⁹

Artículo 48 parcial

El artículo 48 parcial tiene como finalidad reglamentar la asignación y la tenencia de las celdas por parte de los reclusos, situación que, aparentemente, es acorde a la Constitución y la Ley colombiana. Sin embargo, en uno de sus apartes señala que *“Se prohíbe el uso decorativo de cuadros, afiches, objetos artesanales o papel de colgadura sobre las paredes.”*

A nuestro parecer, la restricción impuesta por el Reglamento para que los reclusos puedan disponer de espacios físicos que contienen las celdas, en particular, las paredes, no tiene una justificación constitucional que se base en una ponderación de fines legítimos, como puede ser el deber de suspensión real de la libertad que tienen los funcionarios carcelarios para con los reclusos, o la resocialización de estos últimos. En virtud de esta afirmación, consideramos que el aparte demandado viola, al igual que el artículo anterior, los artículos 16, 18 y 20 de la Constitución Nacional, y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Las razones son las siguientes:

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros contra Chile), sentencia del 05 de febrero de 2001, párr, 69.

⁸ *Ibidem*, Opinión Consultiva OC-05/85, del 13 de noviembre de 1985, párr, 70

⁹ Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, “Observación General No. 10, relativa a la libertad de expresión”, adoptada durante el 19 periodo de sesiones, 1983.

Artículos 16, 18 y 20 de la C.N., y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Teniendo en cuenta que en los párrafos anteriores se explicó un poco los contenidos de los derechos que se encuentran en cabeza de los reclusos, en las próximas líneas nos limitaremos a explicar el concepto de la violación.

Siendo que los reclusos, al igual que todos los colombianos, son titulares de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia y a la libertad de expresión, la restricción impuesta dentro del Reglamento para el uso de las paredes, debe salir victoriosa del juicio de proporcionalidad propuesto por la Corte Constitucional para estos casos¹⁰. Primero, debemos determinar si la medida busca una finalidad constitucional; segundo, si es adecuada respecto del fin; tercero, si es necesaria para la realización del mismo (es decir, que no exista otra alternativa que garantice el fin buscado con un menor grado de afectación sobre el derecho); y, cuarto, si es estrictamente proporcional con dicho fin.

En cuanto al fin de la medida, aunque desconociendo la motivación que llevó a que la directora del establecimiento carcelario, como autora de la resolución, determinara la restricción en cuestión, creemos que su finalidad radica en prevenir una fuga de los reclusos, que se podría dar destruyendo las paredes o cambiando su arquitectura.

Partiendo de ese supuesto, tendríamos que aceptar que la segunda condición propuesta por el juicio de proporcionalidad se cumple, pues es un deber constitucional y legal que los guardianes de los establecimientos penitenciarios velen porque las personas que están a su cargo no se fuguen del sitio, y, por ende, cumplan con la pena impuesta por un juez de la república.

No obstante, en cuanto al tercer requisito, es claro que si el fin perseguido es evitar la fuga de los presos mediante la destrucción de las paredes, existe una gran cantidad de mecanismos alternativos para observar el estado de las mismas, sin tener que impedir

¹⁰ Sentencia de tutela T-1321 de 2000, M.P. Martha Victoria Sáchica, en www.ramajudicial.gov.co

que las personas reclusas se abstengan, por ejemplo, de colgar una fotografía de su familia, o un cartel de su deportista favorito, o una imagen de su líder político preferencial. Entre la amplia gama de posibilidades existentes podría haber una orden administrativa para que los guardianes revisaran periódicamente las celdas, incluido el estado de las paredes.

Con respecto al cuarto requisito, teniendo presente que existen otros mecanismos menos gravosos para revisar el estado de las paredes de las celdas, también tendríamos que señalar que no existe proporcionalidad entre la obligación de revisar las instalaciones penitenciarias con el fin de evitar una fuga, y la suspensión de acciones que llenan de contenido los derechos a la libertad de expresión, de conciencia y de libre desarrollo de la personalidad, en particular, la posibilidad de expresar o demostrar sus preferencias políticas, religiosas o, simplemente, sociales mediante el uso de las imágenes en las celdas.

En el caso del derecho de libertad de conciencia, garantizado en el artículo 18 de la C.N., el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles Y Políticos, entre otros instrumentos legales, no sólo se cumple porque la persona pueda creer internamente en algo, sino, también, porque esa persona tiene la posibilidad de demostrar sus creencias tanto en público como en privado. Por ejemplo, es de conocimiento que la religión Católica, garantizada en igualdad de condiciones a otras por nuestra Carta Política, tienen como elemento principal el culto a elementos o imágenes, que se vería vulnerado en la aplicación de la norma demandada.

En palabras del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, *“el concepto de culto se extiende a actos rituales y ceremoniales con los que se manifiestan directamente las creencias, así como las diversas prácticas que son parte integrante de tales actos...”*¹¹

¹¹ Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, “Observación general No. 22, relativa al derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, adoptada durante el 48 periodo de sesiones, 1993

Artículo 52 parcial

El aparte demandado dice que “...sin excepción, no está permitido en uso de barba ni el cabello largo.” Al respecto, consideramos que este fragmento del artículo 52 del Reglamento vulnera varios artículos de la C.N., y de diferentes tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Artículo 12 de la C.N., artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 5 de la Convención americana sobre Derechos Humanos: Las frase “...sin excepción, no está permitido en uso de barba ni el cabello largo.”, contenida en el artículo 52 del Reglamento, va en contravía del artículo 12 de la C.N., según el cual “nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”, de la formulación contenida en el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que señala que señala lo mismo que el mandato constitucional, y del artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el cual se ha determinado, además de lo contenido en las normas anteriormente nombradas, que “toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

Al hablar de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no sólo nos referimos a la aplicación de penas o torturas que, de manera directa, se hacen en contra de los individuos, sino, también, por la aplicación de medidas que provocan una humillación o sensación de envilecimiento, además del provocado, necesariamente, por la pena impuesta. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que “para apreciar la existencia de tratos inhumanos y degradantes, es necesario que éstos acarreen sufrimientos de una especial intensidad, o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la imposición de la condena”¹²

¹² En sentencia de tutela T-1030 de 2003, M.P. Clara Ines Vargas, en www.ramajudicial.gov.co

Si bien entendemos que el fin que persigue la medida del reglamento es el mantenimiento del orden dentro del establecimiento carcelario, también partimos de la idea según la cual dicho fin puede realizarse con un procedimiento menos sensible a la garantía de los derechos fundamentales. Es más, tenemos la total certeza que la obligación que recae en los presos de no poder tener su cabello y su barba como lo considere pertinente, es absolutamente desproporcionada con relación al fin mencionado, y, por el contrario, pone en un nivel de humillación mayor a éstos que aquel que ya recae por el simple hecho de encontrarse privados de la libertad.

También hay que tener en cuenta que las condiciones particulares de la zona geográfica donde se encuentra el establecimiento carcelario son particularmente frías, por lo cual una restricción de tal magnitud solamente para garantizar una fin que se puede garantizar con otro mecanismo, no sólo pone en un grado de humillación especial al recluso, sino que, además, puede ser, potencialmente, un detonante para que dichas personas empiecen a sufrir enfermedades innecesarias a raíz del clima.

Artículos 14 y 16 de la C.N.: El fragmento normativo demandado también va en contravía de los artículos 14 y 16 de la Carta política, pues la consecuencia resultante de la aplicación de tal medida es la homogenización de la población reclusa, la cual, en virtud de la C.N. está prohibida por el ordenamiento jurídico. Sobre este tema, es pertinente transcribir lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-090 de 1996:

“La consideración conjunta de los artículos 14 y 16 de la C.P., obligan a concluir que la personalidad a que aluden ambos es una personalidad diferenciada - desde luego, sin perjuicio de que el derecho en sí mismo sea abstracto y universal -, en el sentido de que ella no es ajena a las características físicas, sociales y a los demás elementos relevantes que son distintivos y propios de un individuo y que objetivamente son susceptibles de ser reconocidos y apreciados en su medio. Las dos disposiciones, una en sentido estructural y la otra en sentido funcional y dinámico, amparan el derecho a la propia identidad y la consiguiente facultad de obrar contra su injusto falseamiento.”¹³

¹³ Sentencia de tutela t-090 de 1996, en www.ramajudicial.gov.co

En el caso del Reglamento demandado, esa personalidad singular que tiene el individuo la posibilidad de formarse sin más limitaciones que los derechos de los demás, se ve violentada por la prohibición que tienen los presos de lucir sus rasgos corporales como bien les parezca, es decir, *“El derecho a la propia imagen por ser inseparable de la persona y emanación directa de ésta, queda dentro del ámbito de protección que determina el artículo 14 de la C.P”*¹⁴, y, por lo tanto, su desconocimiento dentro de una resolución de carácter administrativa debe ser sancionado con el retiro del aparte demandado por parte de ese honorable Consejo.

Por último, dada la indeterminación que puede surgir de la aplicación de las normas mencionadas anteriormente, la Organización de las Naciones Unidas ha proferido varios instrumentos específicos para el respeto, por parte de los Estados, de los derechos de los reclusos. Entre estos documentos, uno de los principales ha sido *“Las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”*, el cual fue adoptado en el primer congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente.

Dicho conjunto de reglas, señala en su artículo 15 que *“se facilitará a los reclusos medios para el cuidado del cabello y la barba, a fin de que se presenten de un modo correcto y conserven el respeto de sí mismos; los hombres deberá poder afeitarse con regularidad”*.

Como podemos observar dentro del artículo antes transcrito, es claro que los Estados nacionales se han preocupado porque los presos puedan acceder a medios de salubridad para poder lucir sus rasgos físicos bajo su propio respeto y reconocimiento; es más, recae una carga a los mismos para que provean de herramientas para que los reclusos puedan moldear sus rasgos capilares y faciales. Siendo así, no cabe duda que la prohibición es contraria a ese interés mundial, pues impide esa autonomía que tiene la

¹⁴ *Ibíd*em

persona privada de la libertad en mostrarse físicamente como bien le parezca, claro, respetando su propia persona.

En conclusión, no podemos permitir que, bajo el pretexto de la higiene personal y la seguridad del Establecimiento, se provoque una situación aún más humillante que el sufrimiento de la pena, y, además, impida que los reclusos, sin violar los derechos de los demás, puedan lucir sus rasgos faciales como lo consideren acorde a la personalidad que se han formado durante el transcurso de su vida.

Artículo 71 parcial

El aparte demandado del artículo 71 del Reglamento asevera que “...la dirección del establecimiento permitirá el ingreso de periódicos revistas, publicaciones y similares, **siempre y cuando no atenten contra la legalidad de las instituciones, la moral y las buenas costumbres.** Estos solo podrán permanecer en las áreas comunes. El comandante de pabellón será responsable del cumplimiento de esta disposición.” (Subraya y resaltado fuera del texto original).

Al igual que cuando se pidió la nulidad del artículo 34 parcial en lo referente a la prohibición señalada por el Reglamento con relación a los “documentos o literatura que esté en contra del ordenamiento jurídico o disciplinario”, la expresión “no atenten contra las instituciones, la moral y las buenas costumbres” es totalmente indeterminada, por lo cual su real contenido sólo puede darse por la Constitución y la Ley, las cuales, hasta el momento, no han señalado explícitamente que es un atentado contra la moral y las buenas costumbres.

Siendo así, debemos tener claro que la restricción impuesta por la Reglamento deja al campo de la personalidad política y moral de los funcionarios encargados la determinación de ese juicio, permitiendo, de esa manera, la arbitrariedad y el desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona. La Corte Constitucional dijo lo siguiente en un caso similar:

“La Corte no desconoce que determinadas informaciones, en razón de circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar, pueden llegar a convertirse en detonantes de situaciones que alteren el orden público dentro de una prisión. Sin embargo, es completamente inaceptable, desde la perspectiva constitucional, que una autoridad considere que determinados medios de comunicación, cuya circulación ha sido autorizada por parte de la autoridad competente, son per se subversivos del orden establecido. Calificar de "peligrosa para el orden social" una información por el mero hecho de ser crítica, tampoco se aviene con los valores y principios en que debe fundarse un orden constitucional democrático y pluralista. Este tipo de manifestaciones, más propias de los regímenes autoritarios, constituyen una forma de censura, cuyo único objetivo es acallar las voces de aquellos que, legítimamente, en una sociedad democrática, pretenden cuestionar una determinada política o, incluso, las propias instituciones. A juicio de la Sala, la conservación del orden y la disciplina en los centros carcelarios no puede erigirse en un motivo tras el cual se oculten los prejuicios de ciertos funcionarios que establecen una equivalencia, equivocada y peligrosa para el orden constitucional, entre disenso y subversión.”¹⁵

Artículo 110 de la ley 65 de 1993: El artículo 71 parcial, en la frase según la cual *“la dirección del establecimiento permitirá el ingreso de periódicos revistas, publicaciones y similares, siempre y cuando no atenten contra la legalidad de las instituciones, la moral y las buenas costumbres.”*, viola el artículo 110 de la ley 65 de 1993, en el cual se señala que *“los reclusos gozan de libertad de información, salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada”*.

La violación consiste en que el artículo 110 de la ley 65 de 1993 es clara en determinar como regla general la libertad de información que tienen los presos en la cárceles colombiana, y sólo expone una causal de suspensión del derecho fundamental de información, la cual, dada su propia naturaleza, debe subsistir por tiempo limitado y de manera motivada. Siendo así, en la situación normal y cotidiana de un establecimiento penitenciario no se puede restringir dicho derecho de carácter constitucional.

¹⁵ Sentencia de Tutela T.706 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en www.ramajudicial.gov.co

Vale la pena recordar lo dicho por la Corte Constitucional, cuando se refirió al artículo 110 de la ley en mención dentro de la sentencia de tutela T-706 de 1996:

“...es menester enfatizar que una limitación al derecho fundamental a la información de quien se encuentra recluso en un centro carcelario, sólo puede provenir de la necesidad de preservar la disciplina y el orden internos de ese centro de una alteración grave. Es así como los hechos que den lugar a una restricción del derecho a la información, deben revestir una importancia de tal magnitud que sólo sea posible conjurarlos a través de la mencionada restricción. En otras palabras, la medida restrictiva debe constituir el último instrumento al alcance de las autoridades penitenciarias y carcelarias -el cual sólo puede ser utilizado cuando otras medidas menos gravosas hayan demostrado su inidoneidad para restablecer el orden interno de una prisión-, y ha de guardar proporción con la gravedad de la situación que se pretende solucionar y estar exclusivamente dirigido a conjurar la perturbación que le sirve de fundamento.”¹⁶

Artículos 16, 18 y 20 de la CN, Artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: El aparte demandado viola gravemente el artículo 16, relativo al libre desarrollo de la personalidad, el artículo 18, relativo a la libertad de conciencia, y el artículo 20 de la Constitución Nacional, relativo al libre desarrollo de la personalidad. En cuanto a los artículos 16 y 18 de la Carta, la imposibilidad material de acceder a un tipo de prensa condiciona negativamente la construcción de la persona que se encuentra recluida, impidiendo que se tenga la posibilidad de escoger la forma en que quiere moldear su personalidad.

Es más, se podría deducir de la restricción del Reglamento que lo que se pretende es la homogenización de conciencias, la cual está absolutamente prohibida por la Constitución y una infinidad de instrumentos de protección de derechos humanos. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que *“la resocialización de quien ha delinuido no puede consistir, bajo ninguna perspectiva democrática y razonable, en un proceso de homogeneización de las conciencias. En efecto, la entrada del individuo*

¹⁶ Sentencia de tutela T-706 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en www.ramajudicial.gov.co

a la prisión no implica que este pierda su identidad o que deba abdicar de sus ideas y convicciones personales por causa del cumplimiento de la pena que le ha sido impuesta. El proceso de resocialización consiste, únicamente, en lograr que el interno no reincida en las actividades delictuosas que determinaron su entrada a la prisión. Por esta razón, la anotada resocialización no tiene color político o ideológico de ninguna clase y, por ello, no puede estar dirigida a controlar la forma de pensar de los reclusos.”¹⁷

Siendo así, la protección que deben dar los funcionarios públicos para que lo reclusos puedan ejercer libremente su derecho fundamental a la libertad de conciencia significa, necesariamente, que no pueden existir restricciones indeterminadas (como es el caso de la frase “no atenten contra la legalidad de las instituciones, la moral y las buenas costumbres”). No podemos olvidar que “la dignidad de la persona debe ser considerada, primariamente, como aquel valor constitucional que busca proteger al individuo en tanto ser racional y autónomo, capaz de adoptar las decisiones necesarias para dar sentido a su existencia y desarrollar plenamente su personalidad y, de conformidad con ello, determinar sus acciones sin coacciones ajenas de ninguna índole.”¹⁸

Sobre el artículo 20 de la carta, la norma demandada es violatoria del mismo en tanto la libertad de expresión e información no sólo se ejerce con la posibilidad que tiene la persona para difundir alguna idea, privada o públicamente, de una situación que, por uno u otro motivo, ella cree debe pronunciarse, sino que, también, con la posibilidad de formarse un marco teórico y analítico sobre el cual se pueden hacer esas valoraciones.

Esos marcos teóricos y analíticos necesitan necesariamente el acceso a información contenida en literatura, teoría o, simplemente, prensa que, si bien puede plantear desacuerdos con el orden establecidos, gracias a nuestro sistema democrático y constitucional está absolutamente legitimada para circular por todo el territorio

¹⁷ *Ibíd*em

¹⁸ Sentencia de tutela T-472 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

nacional sin más restricciones que las que imponen las leyes nacionales. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la protección al derecho humano a la libertad de expresión debe entenderse con sólo a la información o a las ideas favorables, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben, porque tales son las exigencias del pluralismo, la tolerancia y apertura mental sin las cuales no existe una sociedad democrática.¹⁹ Se puede decir que *“la libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática (...). Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre”*.²⁰

En conclusión, *“el derecho de expresión comprende no sólo la libertad de difundir informaciones e ideas de toda índole sino también la libertad de buscarlas y recibirlas, sin consideración de frontera, y por cualquier medio, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.”*²¹

Artículo 77 parcial y 80 parcial

Cada uno de los artículos 77 parcial y 80 parcial consta de un aparte que consideramos son violatorios de normas constitucionales y legales, sin embargo, teniendo en cuenta que el aparte del 77 parcial es similar al del 80 parcial, explicaremos en concepto de la violación entendiéndolos como un todo.

El primer aparte del artículo 77 señala que *“El director del Establecimiento de Reclusión previa solicitud del interno sindicado en Alta Seguridad, **podrá conceder la visita íntima cada treinta (30) días, y para los capturados con fines de extradición será cada cuarenta y cinco (45) días**”*; el primer aparte del artículo 80 dice que *“El Director del Establecimiento previa solicitud del interno de alta*

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros contra Chile), sentencia del 05 de febrero de 2001, párr, 69.

²⁰ *Ibidem*, Opinión Consultiva OC-05/85, del 13 de noviembre de 1985, párr, 70

²¹ Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, “Observación General No. 10, relativa a la libertad de expresión”, adoptada durante el 19 periodo de sesiones, 1983.

seguridad podrá conceder la visita íntima cada seis semanas". (Subrayas y resaltado fuera del texto original).

Artículos 13 de la C.N., artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Los apartes normativos señalados como contrarios al ordenamiento jurídico son violatorios del derecho fundamental a la igualdad, el cual está consagrado como norma positiva en la Carta Política y en varios instrumentos de protección de derechos humanos del ámbito internacional, principalmente, porque conciben un trato desigual para tres tipos de reclusos: los sindicados, los condenados y los detenidos con fines de extradición.

Para argumentar mejor tal afirmación vale la pena realizar el test de razonabilidad que diferentes tribunales colombianos han usado para determinar cuando se está violando el derecho a la igualdad y cuando no. Éste tiene como finalidad dar respuesta a la pregunta acerca de cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual; para ello, (1), se debe determinar si existe el trato desigual; (2) en caso que sea positiva esta indagación, se debe pasar a observar tres cuestiones: (a) la existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, (b) la validez de ese objetivo a la luz de la constitución, y (c) la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación entre la proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Teniendo esa claridad, fijémonos en el caso concreto: primero, el trato desigual está comprobado por la simple observancia de los dos apartes normativos demandados, pues se está aplicando una periodicidad diferente para la visita íntima a tres tipos de personas: aquellas sindicadas, aquellas condenadas, y aquellas detenidas con fines de extradición.

Siendo así, miremos los otros tres requisitos. Primero, en cuanto a la existencia de un objetivo perseguido, aunque a nuestro parecer no es tan fácil determinarlo, podríamos

pensar que se busca la seguridad del centro de reclusión y la obligación del cumplimiento de la pena por parte de preso; esto teniendo presente que el establecimiento penitenciario y carcelario tiene una característica fundamental: el de ser de mediana y alta seguridad.

El segundo requisito, en el entendido que la medida pretende la protección del centro y busca impedir algún tipo de fuga, se cumple, pues creemos que es acorde a la constitución la obligación del Estado de impedir que los reclusos de fuguen de los establecimientos carcelarios, y de determinar medidas más o menos gravosas a la hora de fijar las condiciones para que diferentes tipos de presos puedan cumplir con su condena o, simplemente, desarrollen su estadía en los centros penitenciarios y carcelarios.

En el tercer requisito, el cual tiene que ver con la proporcionalidad de la medida con relación al fin perseguido, tenemos que decir que no se cumple, en tanto que no entendemos porqué la diferencia entre un preso condenado, y otro sindicado o con fines de extradición tiene que verse reflejada en la periodicidad con que la misma puede recibir visitas conyugales, y en qué medida ayuda a la seguridad del penal que un tipo de preso pueda ejercer su derecho a la visita cada 30 días y otros cada 45 días. Si la pretensión de este trato desigual es la seguridad, pues el establecimiento debe adoptar las medidas necesarias para que la visita íntima no se convierta en una excusa para la fuga o el desorden, sin tener que discriminar a las personas reclusas en el centro penitenciario y garantizarles, de manera desigual, el derecho que tienen a ese tipo de visitas.

Si tenemos presente que la visita íntima hace parte de los derechos fundamentales de la persona reclusa, no puede discriminarse el acceso a la misma por el hecho de ser condenado o, simplemente, sindicado, más aún cuando sabemos que, en muchas ocasiones, el tiempo en que una persona ostenta la calidad de sindicado es mayor que la de aquellas condenadas.

Artículo 112 de la ley 65 de 1993, y artículo 15 de la C.N.: La ley 65 de 1993 consagra en uno de sus fragmentos que “*la visita íntima será regulada por el reglamento general, según principios de higiene, seguridad y moral*”. Siendo así, que los apartes señalados digan que el director del establecimiento **podrá** autorizar la visita desconoce claramente que la misma no es una posibilidad de los reclusos, sino una forma de ejercer sus derechos fundamentales, los cuales se encuentran protegidos constitucionalmente.

Así las cosas, que el Reglamento le dé la potestad al director para autorizar o no una visita va en contravía de lo señalado en el artículo legal, pues el mismo es claro en explicitar que la incidencia del funcionario con relación a las visitas íntimas no va más allá de regular el régimen por el cual se cumplirán, y no en decidir si éstas se pueden hacer o no.

Teniendo en cuenta que las visitas íntimas son de suma importancia para el desarrollo integral de la persona, sin olvidar que la misma puede ser restringida por razones de seguridad, vale la pena transcribir lo dicho en una sentencia de tutela que trató un caso similar:

“El derecho a la visita íntima puede estar ligado con otros derechos fundamentales. En efecto, es posible que la persona que se encuentre privada de la libertad, bien sea por haber contraído matrimonio, bien por vivir en unión libre, haya conformado una familia. Si bien no es el único mecanismo para mantener la unidad familiar, el espacio compartido en la visita íntima sí es propicio y necesario para fortalecer los vínculos de la pareja y una vez permitido este espacio compartido, viabilizar un posterior encuentro del cónyuge o compañero permanente que está en libertad con los hijos de la pareja. Fortalecida la relación de pareja se facilita la relación armónica con los hijos.

Para afirmar esto, la Sala considera que la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica, brinda a la pareja un espacio de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro. Piénsese por ejemplo en las visitas generales las cuales se realizan usualmente en un patio o locutorio acondicionado común, al cual concurren a su vez los demás reclusos. Si bien estas visitas permiten

un acercamiento, no le dan a la pareja las condiciones físicas de la visitas de carácter íntimo. En tal ambiente, es a todas luces complejo desarrollar el mismo grado de cercanía, intimidad y familiaridad.

...

Uno de los aspectos que conforman el desarrollo de una vida en condiciones dignas es la posibilidad de tener relaciones sexuales. El anterior argumento se ve reforzado en el caso de que la persona haya decidido llevar una vida en pareja bien sea en virtud del matrimonio o de la unión libre.

...

Tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad contemplado en el artículo 16 de la Carta.

Una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano el cual debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. La relación sexual es una de las principales manifestaciones de la sexualidad. La privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, pero no lo anula.

La relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad.”²²

Teniendo presente lo anterior, la discrecionalidad que surge del uso de la frase “`podrá autorizar”, es contraria a la potestad legal que contiene el artículo 112 de la ley 65 de 1993, y el contenido de los derechos a la familia, a la intimidad, a la vida digna, entre otros, cuando se trata de visitas íntimas a personas reclusas. Debemos tener en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional, pues la restricción de las mismas con ocasión de una decisión discrecional de un funcionario público, va en contravía de aquellos mandatos constitucionales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico.

²² Sentencia de tutela T.269 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en www.ramajudicial.gov.co

IV. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Hacemos expresamente la solicitud de suspensión provisional, en los términos del artículo 238 de la Constitución Política de 1991 según el cual *"La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establece la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial"*.

Al respecto, el artículo 31 del Decreto 2304 de 1989 dispone que el Consejo de Estado o los tribunales administrativos podrán suspender los efectos de un acto mediante las siguientes reglas:

"1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud..."

En este caso en particular, la contravención de las normas se puede realizar de manera directa comparando sus textos, por lo cual se solicita su suspensión provisional, principalmente, por la incompatibilidad de las normas demandadas con mandatos constitucionales.

Cabe recordar que el Estado colombiano, en virtud de múltiples tratados internacionales, de la C.N, y de un sinnúmero de leyes y decretos, se ha comprometido a respetar y garantizar la vigencia de los derechos humanos dentro del territorio nacional.

El artículo 1 de la Convención Americana sobre derechos humanos dice:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Por su parte, el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y político señala lo mismo de la siguiente manera:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Sobre la promulgación de normas contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana señaló que *“son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención.”*²³

Como conclusión de lo anterior, es claro que la *“primera obligación asumida por los Estados partes (de la Convención americana sobre Derechos Humanos), en los términos del citado artículo (artículo 1) es el de respetar los derechos y libertades.. el ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”*.²⁴

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94, de diciembre de 1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 37

²⁴ *Ibidem*, párr 174

V. COMPETENCIA

En tanto la resolución aprobatoria del reglamento parcialmente demandado fue expedida por una autoridad nacional, es el Consejo de Estado el competente para conocer de la presente acción.

VI. PRETENSIONES

Se declare la nulidad de las resoluciones 2047 EL 27 DE DICIEMBRE DEL 2004 Y 003 DEL 2005 expedidas por la dirección del complejo del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cóbbita y 7049 DEL 29 DE DICIEMBRE DEL 2004 expedida por la dirección General del INPEC.

PRUEBAS

Documentales

1. Resolución 2047 del 27 de diciembre de 2004, proferida por la Directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cóbbita.
2. Certificado de existencia y representación de la Corporación “Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo”.

Oficios solicitados

1. A la Procuraduría General de la Nación:
 - 1.1. Para que envíe al proceso los conceptos o informes que ese ente de control ha presentado sobre la situación de los derechos humanos en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cóbbita.

- 1.2. Para que envíe al proceso las denuncias y sanciones por abusos cometidos por el personal del INPEC en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita.
2. A la Defensoría del pueblo:
 - 2.1. Para que envíe al proceso los informes que ha presentado a la Cámara de Representantes sobre la situación en materia de derechos humanos en las cárceles y penitenciarias y, en particular, aquella que tiene que ver con el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita.
 - 2.2. Para que envíe al proceso las resoluciones defensoriales que en esta materia haya expedido con ocasión de la situación del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita.
 - 2.3. Para que envíe al proceso los informes de la Defensoría Regional de Boyacá con ocasión de la situación de derechos humanos en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cómbita.
3. Al Tribunal Superior de Tunja, Sala Penal, para que envíe copia del proceso de tutela instaurado por la Defensoría Regional del Pueblo Boyacá contra la Dirección Nacional del INPEC y radicado con el número T-751788.

VII. NOTIFICACIONES

- Al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, en la Calle 26 27-48 de la ciudad de Bogotá D.C.

- A la dirección del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Cóbbita, en las instalaciones del mismo.
- A la Corporación “Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo”, en la Calle 16 No. 6-66, piso 25, de la ciudad de Bogotá D.C.

Se suscriben,

SORAYA GUTIERREZ

Representante legal Corporación “Colectivo de Abogados, José Alvear Restrepo”
C.C. 46.363.125 de Sogamoso (Boyacá)