

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORDENA TRASLADO DE RECLUSO - Procedencia excepcional para evitar un perjuicio irremediable / TRASLADO DE CENTRO DE RECLUSIÓN A MADRE DE MENOR DE EDAD / MENOR DE EDAD COMO SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR

La Sala observa que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, en ejercicio de su facultad legal y discrecional para realizar los traslados de los reclusos expidió la Resolución (...) de 30 de septiembre de 2016, por la cual se ordenó entre otros, el traslado de la señora [E.V.P.M] del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario “Cárcel Rodrigo de Bastidas” de Santa Marta al Complejo Carcelario y Penitenciario “El Pedregal” en Medellín (...)

Visto lo anterior, dado que se trata de un acto administrativo que puede ser cuestionado por otros medios de defensa judiciales podría considerarse la improcedencia de la solicitud de tutela (...) sin embargo, en el sub lite, la Sala advierte que el amparo procede con miras a evitar un perjuicio irremediable (...) Lo anterior, teniendo en cuenta las circunstancias graves en las que se encuentra la menor [S.F.P.M], puesto que su situación es bien irregular, al encontrarse sus dos padres privados de la libertad; al presentar problemas de comportamiento al no poder visitar a su mamá, según consta en la declaración de la abuela materna quien tiene su custodia rendida ante el a quo; y al dejar de percibir la ayuda económica que le brindaba la madre mediante la elaboración de manualidades al interior del penal ubicado en Santa Marta, actividad que fue interrumpida con su traslado al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “[...] Cárcel Rodrigo de Bastidas [...]” (...) se conminará a la señora [E.V.P.M] a cumplir con el reglamento al interior del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “Cárcel Rodrigo de Bastidas” ubicado en la ciudad de Santa Marta. Lo anterior, por cuanto el traslado del centro de reclusión obedeció a que se encontró en su custodia elementos no autorizados.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 44 / LEY 65 DE 1993 - ARTÍCULO 143

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia estudia el marco normativo y jurisprudencial del derecho a la unidad familiar en el caso de reclusos, al respecto, ver la sentencia T-374 de 2011, de la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VÁLDES(E)

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 47001-23-33-000-2017-00150-01(AC)

Actor: WILSON ENRIQUE JIMÉNEZ MOLA EN REPRESENTACIÓN DE LA MENOR SHARY FERNANDA PARDO MEJÍA Y DE LA SEÑORA ELOÍSA VIVIANA PARDO MEJÍA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC - DIRECCIÓN REGIONAL - ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD “CÁRCEL RODRIGO BASTIDAS” DE SANTA MARTA

La Sala decide la impugnación presentada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC contra el fallo de tutela proferido el 9 de mayo de 2017, por el Tribunal Administrativo del Magdalena que tuteló el derecho fundamental a la unidad familiar de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía y ordenó el traslado de la interna Eloisa Viviana Pardo Mejía al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “[...] Cárcel Rodrigo de Bastidas [...]”, dentro del término de diez (10) días, a partir de la notificación de la providencia.

La presente providencia tiene las siguientes partes i) antecedentes; ii) consideraciones y iii) resuelve, las cuales se desarrollarán a continuación.

I. ANTECEDENTES

1.1. La solicitud

El señor Wilson Jiménez Mola presentó solicitud de tutela en representación de la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía y la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, esposa e hija, respectivamente (sin haberse probado dicha calidad) contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC – Dirección Regional – Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “[...] Cárcel Rodrigo de Bastidas [...]” de Santa Marta, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la unidad familiar, al acceso a la administración de justicia, al debido proceso, a la libertad y a la familia, en que, a su juicio, incurrió la entidad demandada al haber ordenado el traslado de la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía de la “[...] Cárcel Rodrigo de Bastidas [...]” al Complejo Carcelario y Penitenciario “[...] El Pedregal [...]” en Medellín, lo que le ha generado a su menor Shary Fernanda Pardo Mejía problemas psicológicos y de comportamiento al no poder visitar a su mamá.

1.2. Hechos

El señor Wilson Enrique Jiménez Mola mencionó que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía, madre de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, y él, en calidad de padre y esposo (parentesco y calidad que no fue demostrado) se encuentran privados de la libertad. Manifiesta que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía no tiene conocimientos en derecho, por lo que él se vio en la necesidad de presentar la acción de amparo en representación de su “esposa e hija”.

Afirmó que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía se encontraba recluida en la “[...] *Cárcel Rodrigo de Bastidas* [...]” de la ciudad de Santa Marta, pero fue trasladada al Complejo Carcelario y Penitenciario “*El Pedregal*” en Medellín, lo que ha impedido que la menor Shary Fernanda Pardo Mejía pueda visitarla, por cuanto su residencia queda en Santa Marta; dicha situación le ha generado problemas psicológicos y de comportamiento.

Sostuvo que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía con ocasión del traslado del centro de reclusión no pudo continuar comercializando las manillas artesanales que generaban un ingreso para la menor Shary Fernanda Pardo Mejía.

Refirió que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía solicitó ante el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta la libertad condicional, la que fue negada porque, le faltaba un término de veinticuatro (24) días, durante los cuales fue sancionada al encontrársele un celular.

Indicó que a la reclusa no se le dio la oportunidad de rendir descargos y por ello se le vulneró el debido proceso.

1.3. La solicitud de tutela

El señor Wilson Jiménez Mola consideró que a la menor Shary Fernanda Pardo Mejía se le vulnera su derecho a la unidad familiar, con ocasión del traslado de su mamá que se encontraba recluida en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “*Cárcel Rodrigo de Bastidas*”, en Santa Marta al Complejo Carcelario y Penitenciario “*El Pedregal*”, en Medellín. Lo anterior, por cuanto el lugar de residencia de la niña es en la ciudad de Santa Marta y no le queda fácil el traslado a Medellín para visitar a su mamá, lo que le ha generado problemas de comportamiento.

1.3.1. Pretensiones

El señor Wilson Enrique Jiménez Mola solicitó (fl. 17):

“[...] De acuerdo a los presupuestos anteriormente mencionados solicito el amparo constitucional de los derechos fundamentales de mi hija Shary P. Mejía y de mi esposa Eloísa Viviana Pardo Mejía.

Derechos que considero se encuentran vulnerados por la decisión de trasladarla hace más de (sic).

[...] Consiguiente se le ordene a las autoridades penitenciarias que en un término que usted su señoría considere perentorio se traslade nuevamente a Eloísa Viviana Pardo Mejía para la cárcel Rodrigo de Bastidas de Santa Marta donde ha venido pagando su pena hasta que fue trasladada injustamente a la cárcel El Pedregal de Medellín donde se encuentra actualmente [...]”.

1.3.2. Actuación

El Tribunal Administrativo del Magdalena admitió la acción de tutela, mediante auto de 27 de abril de 2017. Por lo anterior, ordenó notificar al Ministro del Interior, al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y al Director del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario “Cárcel Rodrigo de Bastidas” de Santa Marta, y les concedió el término de cuarenta y ocho (48) horas para que presentaran el informe.

En la misma providencia se consideró que si bien no se probó el parentesco del señor Wilson Enrique Jiménez Molano con la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, por tratarse de una eventual vulneración de los derechos de un niño debía darse trámite a la solicitud; además, se decretó una diligencia de testimonio para escuchar a la señora Alicia Adelaida Mejía Ávila, en su calidad de abuela de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, para el día 28 de abril de 2017 (fls. 20 a 21).

El Tribunal recepcionó la declaración a la señora Alicia Adelaida Mejía Ávila, abuela de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, quien tiene su custodia, mediante diligencia de 28 de abril de 2017. Refirió que la niña tiene la edad de ocho años y, con el traslado del centro de reclusión de Eloísa Viviana Pardo Mejía (madre de la menor), ha sufrido mucho y en el colegio le recomendaron que buscara ayuda de un profesional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Asimismo, manifestó que su hija hacía cojines en el penal, lo que les

ayudaba económicamente para el sostenimiento del hogar, pero con el traslado se perdió la ayuda (fl. 36).

1.3.3. Los informes de las autoridades vinculadas

1.3.3.1. El Jefe de la **Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Interior** solicitó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto no existe nexo de causalidad entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados y la acción u omisión por parte del Ministerio, por lo que la acción de tutela se tornaba en improcedente. Para el efecto citó las funciones del Ministerio establecidas en el artículo 2 del Decreto - Ley 2893 de 2011¹ (fls. 42 a 43).

1.3.3.2. El apoderado judicial del **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC** realizó un recuento de la normativa y la jurisprudencia aplicable para los casos de los traslados de los internos y el derecho a la unidad familiar, para concluir que la dependencia competente para la solicitud de traslado era la Dirección General de la entidad y que por el momento no era posible el traslado de la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía de Medellín a Santa Marta.

Refirió que la menor Shary Fernanda Pardo Mejía se encuentra en custodia de su abuela materna quien suple la carencia afectiva de la madre; además, que la figura del acercamiento familiar no se encuentra reglamentada en la normativa penitenciaria y carcelaria como se describió en la acción de tutela.

Señaló que el establecimiento carcelario de Santa Marta se encuentra en alto grado de hacinamiento y la reglamentación de los traslados exige como mínimo un año para que la reclusa pueda solicitar el mismo (fls. 61 a 69).

1.3.3.3. La **Directora de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho** solicitó desvincular a la entidad, teniendo en cuenta que carece de competencia para la atención y tratamiento de las personas privadas de la libertad (fls. 73 a 74).

1.3.3.4. La señora **Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta** manifestó

¹ “Por el cual se modifican los objetivos, la estructura orgánica y funciones del Ministerio del Interior y se integra el sector administrativo del interior”.

que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía fue condenada el 24 de julio de 2012, por el delito de Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Uso Privativo de las Fuerzas Armadas por el Juzgado Único Penal del Circuito Especializado de Santa Marta que impuso una pena de ochenta y ocho (88) meses de prisión.

Asimismo, informó que su Juzgado avocó conocimiento para vigilar el cumplimiento de la sentencia por auto del 27 de mayo de 2014, y mediante providencia de 1 de febrero de 2017, el despacho judicial le reconoció como tiempo cumplido de pena sesenta (60) meses y dos (2) días de prisión, sin embargo, no le concedieron el mecanismo sustitutivo de la libertad condicional por no haber presentado resolución favorable por parte de la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Santa Marta, por el contrario se aportó un certificado de mala conducta.

Luego, el Juzgado por auto del 29 de marzo de 2017, declaró la falta de competencia territorial, debido al traslado de la interna a la ciudad de Medellín (fls. 45 a 46).

1.3.4. La sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Magdalena mediante fallo de 9 de mayo de 2017 adoptó las siguientes decisiones (fls. 75 a 81):

“[...] PRIMERO. TUTELAR el derecho fundamental a la unidad familiar de la menor Shary Pardo Mejía, el cual resultó vulnerado por el traslado de su madre Eloísa Pardo reclusa a la penitenciaría El Pedregal en la ciudad de Medellín, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Ordenar al INPEC el traslado de la reclusa Eloísa Pardo Mejía a la cárcel Rodrigo de Bastidas en la ciudad de Santa Marta, en el término de diez (10) días, para hacer posible las visitas reconocidas legalmente de la menor Shary Pardo Mejía a su madre Eloísa Pardo Mejía, de acuerdo a lo manifestado en la parte motiva de ésta providencia.

TERCERO. Oficiar al Director Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Magdalena, Joaquín González Iturriago que realice una visita al hogar donde se encuentra la menor Shary Pardo Mejía, ubicada en la calle 34 no. 73-15 barrio 11 de noviembre de la ciudad de Santa Marta y evalúe las condiciones de salud, educación, entre otras, con el fin de tomar las medidas de protección correspondientes en cuanto a las condiciones de vulnerabilidad de la menor Shary Pardo Mejía, a cargo de la señora Alicia Adelaida Mejía

Ávila, abuela materna de la menor. Adicional rinde un informe de las actuaciones que realizó al Despacho Judicial sobre las medidas de protección tomadas para proteger los derechos fundamentales de la menor, las medidas de protección tomadas para proteger los derechos fundamentales de la menor Shary Pardo Mejía

*En caso de que esta decisión no sea impugnada, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
[...].”*

El Tribunal Administrativo del Magdalena señaló que no podía desconocer la afectación psicológica de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía y la situación económica en la que se encontraba con su abuela materna, por lo que en aplicación del principio de preservación del interés superior del menor ordenó el traslado de la reclusa Eloísa Viviana Pardo Mejía a la cárcel de la ciudad de Santa Marta.

Asimismo, la conminó a que mejorara su conducta para no obtener nuevas sanciones disciplinarias que le impidieran recibir la visita de su hija Shary Fernanda Pardo Mejía.

Finalmente, le ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Magdalena realizar una visita al hogar de la menor para evaluar las medidas de protección correspondientes a sus condiciones de vulnerabilidad.

1.3.5. La impugnación

El apoderado judicial del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC reiteró en su integridad el escrito de contestación a la tutela, y solicitó revocar la decisión de la primera instancia. Para el efecto, señaló que: i) la competencia para ordenar los traslados de los reclusos es de la Dirección General de la entidad; ii) que la Corte Constitucional ha manifestado que solo en casos excepcionales procede el traslado de los reclusos por acercamiento familiar, es decir, cuando la madre recluida velaba económicamente por sus hijos, pero en el caso bajo estudio dicha situación no fue probada; iii) que el centro carcelario de Santa Marta se encuentra en situación de hacinamiento; y que iv) que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía no había cumplido el término de un año para que procediera el traslado ordenado por el Tribunal Administrativo del Atlántico (fls. 91 a 95).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia de la Sala

Esta Sección es competente para conocer de este proceso, de conformidad con los artículos 1º y 32 del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución Política y el numeral 1 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 26 de mayo de 2015, por el cual se establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.

2.2. Generalidades de la tutela

La acción de tutela ha sido instituida como un instrumento preferente y sumario, destinado a proteger de manera efectiva e inmediata los derechos constitucionales fundamentales, cuando hayan sido violados o amenazados por las autoridades públicas, o por los particulares, en los casos expresamente señalados. Procede, a falta de otro medio de defensa judicial, a menos que se utilice como mecanismo transitorio, para prevenir un perjuicio irremediable.

2.3. Legitimación en la causa

La Sala observa que si bien es cierto no se acreditó el parentesco del señor Wilson Enrique Jiménez Mola con la menor Shary Fernando Pardo Mejía, ni la calidad de esposo de la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía, en el *sub lite*, la abuela de la niña que tiene su custodia manifestó ante el Tribunal Administrativo del Magdalena que el padre de la niña no la pudo registrar por encontrarse privado de la libertad y posteriormente su hija, Eloísa Viviana Pardo Mejía, también fue detenida.

Visto lo anterior, la Sala infiere que en el caso se presentan circunstancias particulares relacionadas con la privación de la libertad de los padres de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, por lo que se tendrá como agente oficioso de la menor al señor Wilson Enrique Jiménez Mola.

2.4. Problema jurídico

La Sala deberá determinar si el fallo de primera instancia debió amparar o no el derecho fundamental a la unidad familiar de la menor Shary Fernanda Pardo

Mejía; y, en consecuencia confirmar o revocar la sentencia de primera instancia que ordenó el traslado de la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía, madre de la menor, al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “Rodrigo de Bastidas” de Santa Marta.

Para resolver la controversia, la Sala se referirá a: i) el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella; ii) la restricción del derecho a la unidad familiar, en el caso de los reclusos; iii) las pruebas obrantes en el proceso; iv) la acción de tutela contra actos administrativos; y v) el análisis del caso en concreto.

2.5. Los derechos fundamentales de los niños a tener una familia y no ser separados de ella

La Sala debe tener en cuenta que los derechos de los niños gozan de especial protección constitucional por parte del Estado. El artículo 44 de la Constitución Política dispone:

*“[...] Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, **tener una familia y no ser separados de ella**, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. [...]. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. **Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás [...]**” (La Sala destaca).*

En la sentencia T-510 del 19 de junio de 2003², se respondió el siguiente interrogante:

“[...] ¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores?”

La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente

² M.P. Manuel José Cepeda

abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal [...]”.

En la misma sentencia, con relación al derecho fundamental de los niños a “[...] *tener una familia y no ser separados de ella [...]”* dicha Corporación afirmó que está íntimamente unido con la realización de otros derechos fundamentales como el amor y el cuidado.

Asimismo, los numerales 1 y 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen:

“[...] 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

[...]

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño [...]”.

Visto lo anterior, la materialización del derecho fundamental de los niños a tener una familia y no ser separados de ella se concreta en el hecho que sean acogidos en el seno de una familia que garantice el disfrute pleno de sus derechos³.

2.6. La restricción del derecho a la unidad familiar, en el caso de los reclusos

En este punto es necesario afirmar que la unidad familiar es un derecho de los niños y de los reclusos como se evidenció precedentemente, que goza de

³ T-374 de 11 de mayo de 2011. Sentencia en la cual se discutió un caso semejante a la presente tutela. En esta providencia se estudió la solicitud de traslado padres que se encontraban reclusos en lugares muy distantes al lugar de residencia de sus menores hijos.

protección legal. Para el efecto, el artículo 143 de la Ley 65 de 1993⁴ establece sobre el tratamiento penitenciario:

*“[...] Artículo 143. El tratamiento penitenciario debe realizarse conforme a la dignidad humana y a las necesidades particulares de la personalidad de cada sujeto. Se verifica a través de la educación, la instrucción, el trabajo, la actividad cultural, recreativa y deportiva **y las relaciones de familia**. Se basará en el estudio científico de la personalidad del interno, será progresivo y programado e individualizado hasta donde sea posible [...]”* (La Sala destaca).

La Corte Constitucional⁵ ha interpretado que el contenido de dicho artículo debe leerse, en el sentido que su objetivo es la preparación del condenado al momento de su resocialización y una de estas formas es mantener y afianzar los lazos familiares, durante el periodo de la reclusión, para el efecto, manifestó que: *“[...] la garantía de la unión familiar es un derecho de trascendental importancia para la resocialización del interno, y para su realización efectiva se erigen una serie de disposiciones legales en orden a proteger este importante derecho. Sin embargo, todas estas medidas encaminadas al afianzamiento de las relaciones familiares deben atender al acatamiento por parte del interno de las normas disciplinarias y de seguridad establecidas para el efecto [...]”*.

2.7. Las pruebas obrantes en el proceso

1. Registro civil de nacimiento de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, en el cual solamente se encuentra el nombre de la madre Eloísa Viviana Pardo Mejía (fl. 37).
2. Cartilla biográfica de los internos Eloísa Viviana Pardo Mejía y Wilson Enrique Jiménez Mola (fls. 64 a 69).
3. Resolución nro. 9043305 de 30 de septiembre de 2016, por la cual se ordena entre otros, el traslado de la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario “*Cárcel Rodrigo de Bastidas*” de Santa Marta al Complejo Carcelario y Penitenciario “*El Pedregal*” en Medellín (fl. 90).
4. Providencias proferidas por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta, así:

⁴ “Por el cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”.

⁵ ibídem.

i) Auto de 1 febrero de 2017, mediante la cual se reconoció a la sentenciada Eloísa Viviana Pardo Mejía como tiempo cumplido de pena de sesenta (60) meses y dos (2) días y no le concedió el subrogado penal de libertad condicional (fls. 47 a 51); ii) auto de 29 de marzo de 2017, por el cual remitió el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, con ocasión del traslado de la reclusa al Complejo Carcelario y Penitenciario El Pedregal (fl. 52).

5. Declaración rendida ante el Tribunal Administrativo del Magdalena por la señora Alicia Adelaida Mejía Ávila, el 28 de abril de 2017, quien refirió que es la abuela materna de la menor Shary Fernanda Pardo Mejía y relató la situación actual de la niña. En resumen, manifestó que desde la reclusión de su mamá, Eloísa Viviana Pardo Mejía, ha llorado mucho y su relación con los compañeros del colegio es agresiva. Manifestó que ha sido tratada por funcionarios del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Asimismo, la situación económica desmejoró porque su hija, la interna, le prestaba colaboración económica con la venta de cojines que hacía al interior del penal en Santa Marta. El padre de la niña se encuentra recluido en el centro carcelario de Villavicencio y no pudo registrar a la menor. Manifestó que la documentación no se pudo aportar, por cuanto se encuentra en el ICBF y en el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad (fl. 36).

6. La Defensora de Familia, Centro Zonal de Santa Marta Sur rindió informe el 17 de mayo de 2017, mediante el cual daba cumplimiento a la orden del Tribunal Administrativo del Magdalena e indicó que la menor Shary Fernanda Pardo Mejía se encuentra bajo la custodia y cuidado personal de su abuela materna, señora Alicia Adelaida Mejía Ávila, que le ha garantizado el derecho a la educación, le realiza los controles médicos, que le brinda un ambiente sano para su desarrollo y se remitió a la niña a intervención de apoyo especializado de la Fundación Rehabilitación Integral (fl. 104).

2.8. Procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

Encuentra la Sala que lo que se persigue a través de la presente acción es controvertir el contenido de un acto administrativo, por lo que el problema jurídico radica en establecer si la tutela procede para desvirtuar la legalidad de una decisión de la Administración.

Para ello, y con miras a desatar el asunto objeto de análisis, la Sala estima pertinente referirse a la procedencia general de la tutela contra actos administrativos; en aras de dar claridad al asunto planteado.

Sobre el particular, resulta importante poner de presente que, de conformidad con lo establecido por el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, relativo a la subsidiaridad de la acción de tutela; por regla general, ésta no procede para controvertir actos administrativos de carácter particular y concreto, toda vez que el legislador previó como mecanismo de defensa judicial para desvirtuar su legalidad, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho; y, en su defecto, la acción de nulidad.

En ese sentido, la jurisprudencia⁶ de la Corte Constitucional ha sido reiterativa en expresar que:

“[...] En principio, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos de contenido particular y concreto, ya que para controvertir estos actos el juez natural es la jurisdicción contenciosa administrativa, instancia en la cual los afectados pueden hacer uso de dos mecanismos de defensa.”

De un lado, en ejercicio del artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, se puede interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, según el artículo 152, numeral 2° del mismo código, en caso de que sea manifiesta la infracción de una de las disposiciones invocadas, también se puede solicitar la suspensión provisional del acto administrativo demandado.

De otro lado, el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo dispone que toda persona podrá solicitar que se declare la nulidad de los actos administrativos cuando quebranten las normas en que deberían fundarse, hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. [...]

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-956 de 2011. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

Sobre la base de lo expuesto, la persona que estime vulnerados sus derechos por un acto administrativo puede solicitar alternativamente la nulidad y restablecimiento del derecho o, en la medida en que esta acción no se ejerza dentro del término legalmente establecido para ello, pedir la nulidad simple del acto, caso en el cual la pretensión debe ser exclusivamente el control de legalidad en abstracto de dicho acto. [...]

No obstante lo anterior, también la jurisprudencia ha reconocido que, en algunas circunstancias especiales, procede la acción de tutela contra actos administrativos, siempre que, *i)* se esté ante la presencia de la vulneración de derechos fundamentales y, *ii)* exista peligro de la ocurrencia de un perjuicio irremediable; con lo que el amparo procedería como mecanismo transitorio.

En ese sentido, en sentencia T-514 de 2003, la Corte Constitucional determinó:

[...] la Corte concluye (i) que por regla general, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para la protección de derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, como quiera que existen otros mecanismos tanto administrativos como judiciales para su defensa; (ii) que procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable; y (iii) que solamente en estos casos el juez de tutela podrá suspender la aplicación del acto administrativo (artículo 7 del Decreto 2591 de 1991) u ordenar que el mismo no se aplique (artículo 8 del Decreto 2591 de 1991) mientras se surte el proceso respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. [...]

Además, la Corte Constitucional ha admitido que, cuando se presenta una vía de hecho administrativa y se demuestra un perjuicio irremediable, la acción de tutela puede incluso proceder, excepcionalmente como mecanismo definitivo.

Sobre este punto, en Sentencia T-912 de 2006, señaló:

[...] No obstante, esta Corporación también ha admitido que en ciertos casos, cuando existe una vía de hecho en un acto administrativo y se observa la existencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela procederá no sólo como mecanismo transitorio, sino que excepcionalmente podrá concederse de forma definitiva. En efecto, en la sentencia T-418 de 2003, se señaló sobre este punto lo siguiente:

(...), si se trata de una decisión proferida en proceso administrativo, fiscal o disciplinario, en la que se alega la existencia de una vía de

*hecho en la decisión correspondiente, el examen del juez de tutela es distinto, pues, en estos casos, el afectado siempre puede acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa. En estos eventos, **cuando existe indudablemente la vía de hecho, según las circunstancias del caso concreto, y frente a un perjuicio irremediable, debidamente sustentado, el juez de tutela puede conceder la acción de tutela, como mecanismo transitorio, o, excepcionalmente, en forma definitiva.**'*

Así también lo señaló en la sentencia T-811 de 2003, en donde la Corte resaltó lo siguiente:

*'No obstante lo afirmado, ha de manifestarse que **la acción de tutela resulta excepcionalmente procedente contra actuaciones administrativas en todos aquellos casos en los que la actuación de la autoridad respectiva carezca de fundamento objetivo y sus decisiones sean el producto de una actitud arbitraria y caprichosa que traiga como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales de la persona, incurriendo de esa manera en lo que se ha denominado como 'vía de hecho [...]**' (La Sala destaca).*

Así las cosas, se resume, en principio la acción de tutela resulta improcedente para controvertir la legalidad de actos administrativos, a menos de que esté en juego la vulneración de derechos fundamentales y se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual, procedería el amparo de manera transitoria. Sin embargo, cuando se está frente a una vía de hecho administrativa y un perjuicio irremediable, el juez de tutela podría conceder la protección definitiva mediante la acción constitucional.

En este sentido, la Sala reitera que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011 – en los artículos 229 y siguientes⁷, consagra la posibilidad, en los procesos declarativos que se adelanten

⁷ **Artículo 229. Procedencia de medidas cautelares.** En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

(...)

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...)

Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos.

(...)

ante esta jurisdicción, de solicitar medidas cautelares que inclusive pueden llegar a otorgarse con carácter de urgencia cuando el Juez o Magistrado Ponente considere que la situación fáctica lo amerita, en un trámite cuya duración puede equipararse con el tiempo en el cual se resuelve una acción de tutela.

La Corte Constitucional en la sentencia SU-355 de 2015,⁸ al examinar la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos sancionatorios, señaló:

[...] 5.3.1. El ordenamiento vigente y, en particular, el actual artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, establece como uno de los medios de control de la actuación de las autoridades estatales, la nulidad y restablecimiento del derecho, confiriéndole a toda persona la posibilidad de solicitar que se declare la nulidad del acto administrativo que lesiona un derecho subjetivo y le sea restablecido. Tal nulidad debe ser declarada cuando los actos se expidan (a) desconociendo las normas en que deberían fundarse, (b) por un órgano que carece de competencia, (c) de manera irregular, (d) violando el derecho de audiencia y defensa, (e) mediante falsa motivación o (f) con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió (art. 137 inc. 2º).

[...]

Si bien la Corte reitera la regla de procedencia establecida en la SU-712 de 2013, su aplicación en el caso ahora estudiado no conduce a la misma conclusión a la que se arribó en aquella ocasión. En efecto, la regulación que en materia de suspensión provisional introdujo la Ley 1437 de 2011 y la comprensión que de ella ha tenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten a este Tribunal concluir que el accionante cuenta, prima facie, con un medio judicial no solo idóneo sino también temporalmente eficaz para debatir oportunamente la posible violación de sus derechos y plantear la adopción de una medida de protección si se cumplen las condiciones para ello.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los **diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella**. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

(...)

Artículo 234. Medidas cautelares de urgencia. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar. (Énfasis de la Sala).

⁸ Sentencia del 11 de junio de 2015. Referencia: Expediente T-4.325.260. Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fecha cinco (5) de marzo de 2014 que confirmó la Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela. Accionante: Gustavo Francisco Petro Urrego. Accionado: Procuraduría General de la Nación. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

[...]

5.3.7. En síntesis, con independencia del sentido que puedan tener en cada caso las decisiones del juez administrativo respecto de la solicitud de suspensión provisional, debe concluirse -en lo que resulta relevante para un juicio de subsidiariedad- que esa alternativa ofrece, en la actualidad, una amplia posibilidad de controlar en un término breve de tiempo los efectos de la decisión de la autoridad disciplinaria. En atención a ello no puede acogerse la misma decisión de la sentencia SU-712 de 2003, adoptada en vigencia del Decreto 01 de 1984 [...].” (Énfasis de la Sala).

En conclusión, la sentencia en cita, con motivo de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – Ley 1437 de 2011, modificó la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional había fijado en materia de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, y que hasta ese momento se encontraba resumida en la SU-712 de 2013⁹, en el sentido de establecer que por regla general no procede la acción de tutela como mecanismo definitivo o transitorio para cuestionar la validez constitucional de las decisiones adoptadas en sede administrativa.

No obstante, la sentencia referida advirtió que la regla general de improcedencia no se opone a que, en circunstancias excepcionales y debidamente consideradas por el juez, pueda admitirse la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos fundamentales desconocidos durante el trámite de una actuación administrativa. Siguiendo para tal efecto la regla establecida en la SU-712 de 2013, donde se dejó claro que ello será posible cuando, además de cumplirse las otras condiciones fijadas por la Corte en esa providencia *“los medios ordinarios de defensa no sean lo suficientemente expeditos como para controlar la legalidad y constitucionalidad de las medidas sancionatorias impugnadas.”*

Una vez aclarados los conceptos antes planteados, le corresponde a la Sala establecer si, en el caso bajo examen, se presentan las condiciones establecidas por la jurisprudencia constitucional para la procedencia **excepcional** de la acción de tutela contra actos administrativos.

2.8. Análisis del caso en concreto

⁹ Sentencia del 17 de octubre de 2013. Referencia: expediente T-3005221. Acción de tutela presentada por Piedad Esneda Córdoba Ruíz contra la Procuraduría General de la Nación. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

El señor Wilson Enrique Jiménez Mola presentó la solicitud de tutela, en representación de su esposa e hija, Eloísa Viviana Pardo Mejía y Shary Fernanda Pardo Mejía, respectivamente, calidad y parentesco que no fueron probados, por cuanto no aportó la prueba documental para demostrar el vínculo de cónyuge y en el registro civil la menor se encuentra registrada con los apellidos de la mamá.

Sin embargo, en la diligencia rendida el 28 de abril de 2017, por la señora Alicia Adelaida Mejía Ávila, abuela materna de la menor y quien tiene su custodia, afirmó que la niña no pudo ser registrada por el padre, teniendo en cuenta que se encuentra recluido en la cárcel de Villavicencio.

El actor refirió que la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía no conoce de temas de derecho, por lo que presentó en su nombre y de la menor la solicitud de amparo para solicitar la protección de sus derechos fundamentales a la unidad familiar, el cual, a su juicio vulneró el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, al ordenar el traslado del centro de reclusión donde se encontraba la madre de la niña, y en donde queda la residencia de la menor, es decir en Santa Marta.

La Sala observa que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, en ejercicio de su facultad legal y discrecional para realizar los traslados de los reclusos expidió la Resolución nro. 9043305 de 30 de septiembre de 2016, por la cual se ordenó entre otros, el traslado de la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario “*Cárcel Rodrigo de Bastidas*” de Santa Marta al Complejo Carcelario y Penitenciario “*El Pedregal*” en Medellín (fl. 90).

Visto lo anterior, dado que se trata de un acto administrativo que puede ser cuestionado por otros medios de defensa judiciales podría considerarse la improcedencia de la solicitud de tutela, en virtud del numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, sin embargo, en el *sub lite*, la Sala advierte que el amparo procede con miras a evitar un perjuicio irremediable, pese a que la parte actora, cuenta con la posibilidad de interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior, teniendo en cuenta las circunstancias graves en las que se encuentra la menor Shary Fernanda Pardo Mejía, puesto que su situación es bien irregular, al encontrarse sus dos padres privados de la libertad; al presentar problemas de comportamiento al no poder visitar a su mamá, según consta en la declaración de la abuela materna quien tiene su custodia rendida ante el *a quo*; y al dejar de

percibir la ayuda económica que le brindaba la madre mediante la elaboración de manualidades al interior del penal ubicado en Santa Marta, actividad que fue interrumpida con su traslado al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “[...] *Cárcel Rodrigo de Bastidas* [...]”.

Asimismo, se encuentra probado que la menor Shary Fernanda Pardo Mejía fue remitida a la intervención de apoyo especializado de la Fundación Rehabilitación Integral, según consta en el informe rendido por la Defensoría de Familia Centro Zonal de Santa Marta, el 17 de mayo de 2017, en cumplimiento de la orden de la sentencia de primera instancia. (fl. 104).

En conclusión, la Sala confirmará el fallo de 9 de mayo de 2017, dictado por el Tribunal Administrativo del Magdalena, con miras a evitar un perjuicio irremediable a la menor Shary Fernanda Pardo Mejía. En el mismo sentido, se conminará a la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía a cumplir con el reglamento al interior del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “*Cárcel Rodrigo de Bastidas*” ubicado en la ciudad de Santa Marta. Lo anterior, por cuanto el traslado del centro de reclusión obedeció a que se encontró en su custodia elementos no autorizados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. Confirmar la sentencia proferida el 9 de mayo de 2017 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, pero por las razones expuestas en las consideraciones.

SEGUNDO. Conminar a la señora Eloísa Viviana Pardo Mejía a cumplir con el reglamento al interior del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad “*Cárcel Rodrigo de Bastidas*”.

TERCERO. Notificar a las partes esta providencia en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala, en la sesión del día diez (10) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ