

**PRUEBA TRASLADADA DEL PROCESO DISCIPLINARIO - Valor probatorio.
Valoración probatoria**

Respecto al proceso disciplinario interno adelantado por los hechos ocurridos el 18 de diciembre de 1993 en la Penitenciaría Nacional de Itagüí, es necesario advertir que la Sala lo valorará y tendrá en cuenta, en atención a que las pruebas allí recaudadas fueron practicadas por la entidad demandada y se entiende que se han surtido con su audiencia. **NOTA DE RELATORIA:** Consultar sentencias del 19 de septiembre de 2002, exp. 13399 y de 4 de diciembre de 2002, exp. 13623

ESTUDIO DE IMPUTACION - Lesiones causadas a Roberto Escobar Gaviria por carta bomba en instalaciones de la Penitenciaría Nacional de Itagüí / IMPUTACION OBJETIVA - Actuación a propio riesgo / ACTUACION A PROPIO RIESGO - Producción del daño por actuar determinante de la víctima / ACTUACION A PROPIO RIESGO - Presupuestos de configuración / RESPONSABILIDAD DEL INPEC - No se configuró por actuación a propio riesgo de la víctima

Para que la actuación a propio riesgo releve el estudio de imputación, es necesario que se presenten tres presupuestos a saber: primero, que la actividad riesgosa permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y por la víctima, y además, para que se configure una autolesión, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el desarrollo de la situación peligrosa; segundo, la víctima debe ser autorresponsable y con la capacidad suficiente para calcular la dimensión del riesgo; y por último, el tercero no debe tener una posición de garante respecto de la víctima. (...) el comportamiento de la víctima en el caso sub examine, en términos de la atribución fáctica y jurídica, es determinante, comoquiera que al solicitar y exigir en reiteradas oportunidades que su correspondencia no fuera revisada asumió el riesgo que su petición generaba, y por lo tanto, el daño no es imputable a la entidad demandada. En efecto, la actitud del señor Escobar Gaviria, desconoció su deber de autoprotección y la concreción del riesgo es producto de su actuar. Así las cosas, en esta línea de pensamiento, resulta apodíctica verdad que el actuar de Roberto de Jesús Escobar Gaviria configuró, en los términos de la imputación objetiva, una acción a propio riesgo, toda vez que el hecho de solicitar y exigir a través de varias peticiones y denuncias, que la correspondencia a el dirigida no fuera revisada, permitió la concreción del riesgo y esta circunstancia imposibilita la imputación del daño a la demandada. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre imputación fáctica e imputación objetiva del daño, consultar sentencia de 5 de julio de 2012, exp. 21928

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-01939-01(30424)

Actor: ROBERTO DE JESUS ESCOBAR GAVIRIA

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO -INPEC-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala de Subsección C, los recurso de apelación interpuestos por la partes en el proceso de la referencia, por disposición de la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación, de conformidad con lo consignado en el acta No. 010 aprobada en sesión del 25 de abril de 2013, que ordenó dar prelación a los procesos en donde se demandara al Estado por los daños ocasionados a reclusos.

En la providencia objeto de apelación, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, el 15 de octubre de 2004, se decidió lo siguiente:

“1. No prosperan las excepciones propuestas por la parte accionada, por los motivos expuestos en los considerandos de esta providencia.

“2. Declárase administrativamente responsable a INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-, de los perjuicios causados a ROBERTO DE JESÚS ESCOBAR GAVIRIA, LIGIA URQUIJO GAVIRIA, ABEL DE JESÚS ESCOBAR, HERMILDA GAVIRIA BERRIO, LUZ MARÍA ESCOBAR GAVIRIA, ALBA MARINA ESCOBAR GAVIRIA, NICOLÁS ENRIQUE ESCOBAR URQUIJO y LAURA ISABEL ESCOBAR URQUIJO, por las lesiones y perjuicios ocasionados al primero de los mencionados el día 18 de diciembre de 1993, en el interior de la cárcel de máxima seguridad del Municipio de Itagüí.

“3. Como consecuencia, y de acuerdo a lo indicado en la parte motiva, se condena al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-, a pagar por concepto de perjuicios morales, las siguientes cantidades:

“A ROBERTO DE JESÚS ESCOBAER (sic) GAVIRIA (lesionado) se le reconocerá 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de la sentencia.

“A ABEL DE JESÚS ESCOBAR Y HERMILDA GAVIRIA BERRÍO, en calidad de padres DEL LESIONADO, la cantidad de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno, al momento de la ejecutoria de la sentencia.

“A LUZ MARÍA Y ALBA MARINA ESCOBAR GAVIRIA (hermanas), la cantidad de 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al momento de ejecutoria de la sentencia.

“A NICOLÁS ENRIQUE Y LAURA ISABEL ESCOBAR URQUIJO, hijos del señor Roberto de Jesús Escobar Gaviria, la cantidad de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al momento de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno.

“A LIGIA URQUIJO GAVIRIA, esposa del lesionado ROBERTO ESCOBAR GAVIRIA la cantidad de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al momento de la ejecutoria de la sentencia.

“4. Condénese al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-, a pagar al señor ROBERTO DE JESÚS ESCOBAR GAVIRIA, la cantidad de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, al momento de ejecutoria de esta sentencia, por concepto de PERJUICIOS FISIOLÓGICOS.

“5. EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO – INPEC- dará cumplimiento a este fallo tal y como lo establece el artículo 176 del C.C.A.

“6. Acorde con el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo si esta providencia no fuere apelada, deberá enviarse para consulta ante el Consejo de Estado.” (Mayúsculas en original) (Fol. 579 y 580 cuad. ppal.).

I. ANTECEDENTES

1. En escritos presentados el 14 de diciembre de 1995 y el 5 de febrero de 1996, los señores: Roberto de Jesús Escobar Gaviria, Abel de Jesús Escobar, Hermilda Gaviria, Luz María y Alba María Escobar Gaviria; Ligia Urquijo Gaviria, quien actúa en su nombre y en representación de su hija menor: Laura Isabel Escobar Urquijo; Nicolás Enrique Escobar Urquijo; Dora Elena Murillo Murillo, quien actúa en representación de su hijo menor: Roberto Escobar Murillo; Claudia Patricia Escarraga David, quien actúa en representación de su hija menor: Lucía Escobar Escarraga, mediante apoderado judicial, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, por las lesiones causadas a Roberto de Jesús Escobar Gaviria, en hechos ocurridos el 18 de diciembre de 1993, en el pabellón de máxima seguridad de la Penitenciaría Nacional de Itagüí.

En consecuencia, solicitaron se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, la suma equivalente a 1.000 gramos de oro para cada uno. Para el afectado, por concepto de daño emergente, deprecaron lo cancelado por gastos médicos, quirúrgicos y hospitalarios que se ocasionaron por las graves lesiones causadas al señor Escobar Gaviria. Por lucro cesante, solicitaron una

suma superior a \$3.840'000.000, o que a través de peritos expertos se calculara la indemnización correspondiente, teniendo en cuenta que Escobar Gaviria percibía ingresos de \$20'000.000 mensuales. Finalmente, que se otorgaran perjuicios fisiológicos, en la suma equivalente a 5.000 gramos de oro.

Como fundamento de sus pretensiones, narraron que Roberto de Jesús Escobar Gaviria, se encontraba recluido en el pabellón de máxima seguridad de la Penitenciaría Nacional de Itagüí. El 18 de diciembre de 1993, recibió una carta bomba que le fue entregada por personal de la guardia de la cárcel y que le causó graves lesiones al momento de abrirla.

2. La demanda y su corrección se admitieron el 15 de febrero de 1996 y fueron notificadas en debida forma, a la parte demandada y al Ministerio Público.

3. La entidad demandada en la contestación, se opuso a las pretensiones de la demanda. Solicitó que se declararan las excepciones de hecho de un tercero y culpa exclusiva de la víctima, en atención a que el lesionado había solicitado que no se interceptara ni revisara la correspondencia a él dirigida, pues se violaba su derecho a la intimidad.

4. En proveído del 31 de julio de 1996 se decretaron las pruebas y el 2 de febrero de 2002 el *a quo* celebró la audiencia de conciliación, la cual fracasó por no existir ánimo conciliatorio entre las partes. A continuación, se les corrió traslado, como también al Ministerio Público, para alegar de fondo y rendir concepto, en su orden, sin embargo, guardaron silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Tribunal en sentencia del 15 de octubre de 2004, declaró la responsabilidad de la entidad demandada, pues se demostró una falla en el servicio a ella imputable. En efecto, la carta bomba ingresó al centro carcelario porque el equipo de rayos x destinado a la revisión de la correspondencia se encontraba averiado desde el día anterior a la ocurrencia de los hechos, sin embargo, no se tomaron medidas de seguridad adicionales para cumplir las obligaciones de cuidado y seguridad del penal y sus internos.

Por lo anterior, condenó al pago de perjuicios morales para el lesionado en 100

smlmv, 50 smlmv para su esposa, cada padre y cada hijo, y 30 smlmv para cada hermano. Respecto a los materiales, negó el pago del daño emergente, con fundamento en que algunas de las facturas allegadas al proceso estaban en copia simple y otras fueron adjuntadas extemporáneamente. Asimismo, no condenó a lucro cesante pues no existía prueba que acreditara los ingresos del lesionado. Finalmente, en relación con el perjuicio fisiológico, el Tribunal consideró que las graves lesiones padecidas por el señor Escobar Gaviria habían afectado su 'vida de relación', por lo que fijó como indemnización 100 smlmv.

El apoderado de la parte actora, solicitó en el término de ley, aclaración, corrección y adición de la sentencia, dado que el *a quo* omitió pronunciarse sobre los perjuicios materiales solicitados y las costas del proceso.

El 29 de noviembre de 2004, el Tribunal profirió sentencia complementaria, en la que acogió la solicitud de la actora. En efecto, la parte resolutive de la sentencia complementaria señaló:

"1. Acceder a la solicitud de aclaración de la sentencia, hecha por el demandante y oficiosamente hacer el pronunciamiento sobre las costas del proceso.

"2. Como consecuencia de lo anterior el punto 4 de la sentencia será adicionado así:

" '4ª. No se accede a la pretensión de daños materiales solicitados por ROBERTO DE JESÚS ESCOBAR GAVIRIA, por no haberse probado éstos dentro del proceso, tal como se argumentó en la parte motiva de esta providencia'

"3. Adicionar un nuevo numeral a la sentencia, que en este caso será el 7, donde se contemplará el pronunciamiento sobre costas así:

" '7. No se causaron costas, conforme a la parte motiva de esta providencia'

"(...)" (Mayúsculas y negrilla en original) (Fol. 286 y 287 cuad. ppal.)

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

Las partes interpusieron y sustentaron los recursos de apelación contra la sentencia. Los demandantes solicitaron que se aumentaran los montos concedidos por perjuicios morales para la esposa, hijos y hermanos del lesionado.

Asimismo, señalaron que la suma concedida por perjuicios 'a la vida de relación' era exigua teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones causadas al señor Escobar Gaviria, además, indicó que este tipo de 'perjuicio del placer' debía ser pagado igualmente a los familiares de la víctima. De otro lado, afirmó que no se había realizado pronunciamiento alguno sobre los perjuicios psicológicos o corporales objetivos, los cuales estaban debidamente acreditados en el proceso. Finalmente, respecto a los perjuicios materiales denegados, indicó que en el proceso se 'insinuó' el decreto de varias pruebas que pretendían establecer el monto de los mismos, sin embargo, el Tribunal no las decretó de oficio haciéndose acreedor a las sanciones disciplinarias de ley.

De otro lado, la entidad demandada insistió en que el daño no le era imputable toda vez que el lesionado había solicitado con anterioridad que la correspondencia a él dirigida no fuera revisada, tanto que interpuso denuncia penal contra el director de la cárcel para lograr proteger su derecho fundamental a la intimidad. Finalmente, solicitó que si no se encontraba acreditada la culpa exclusiva de la víctima, por lo menos se declarara una concurrencia de culpas.

Las impugnaciones se concedieron el 18 de enero de 2005 y se admitieron el 24 de junio de 2005.

Durante el traslado común a las partes para presentar alegatos de conclusión, la entidad demandada insistió en los argumentos esbozados en el recurso de apelación.

De otro lado, el Ministerio Público consideró que la sentencia debía ser confirmada en relación con la condena a la entidad demandada, comoquiera que se acreditó una falla en el servicio al omitir la revisión minuciosa del sobre de manila dirigido al señor Escobar Gaviria, aún cuando las normas sobre seguridad en los centros reclusorios les obligaban a ello. Respecto a la liquidación de perjuicios, señaló que el daño emergente se encontraba demostrado con las facturas allegadas oportunamente al proceso, de allí que, por este concepto, sí debía condenarse.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por las

partes, contra la sentencia del 15 de octubre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó.

1. Previo a decidir, debe precisarse que conforme lo ha señalado la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹, la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los motivos de inconformidad que expresen los recurrentes en sus escritos de apelación, de allí que, en el asunto *sub examine* esta Subsección se restringirá a los argumentos señalados por las partes, en sus recursos.

2. Asimismo, es necesario señalar, que el proceso es susceptible de acceder a la segunda instancia, en consideración a que conforme a lo deprecado en la demanda, la pretensión mayor individualmente considerada correspondía a \$3.840'000.000², valor que supera la cuantía que establecía el Decreto 597 de 1988³ para que un proceso fuera susceptible de la misma, normativa aplicable a este asunto, comoquiera que el recurso de apelación se interpuso antes de la entrada en vigencia de la ley 954 del 24 de abril de 2005⁴.

3. De otro lado, respecto al proceso disciplinario interno adelantado por los hechos ocurridos el 18 de diciembre de 1993 en la Penitenciaría Nacional de Itagüí, es necesario advertir que la Sala lo valorará y tendrá en cuenta, en atención a que las pruebas allí recaudadas fueron practicadas por la entidad demandada y se entiende que se han surtido con su audiencia⁵.

¹ Al respecto, ver la Sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida el 9 de febrero de 2012, expediente 21.060, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

² Esta suma corresponde a lo solicitado por concepto de lucro cesante para el lesionado (Fol. 124 cuad. 1).

³ El decreto en mención, señalaba que para que un proceso fuera susceptible de doble instancia, la cuantía a la fecha de la presentación de la demanda en los años 1994-1995, debía superar la suma de \$9'610.000.

⁴ Conforme el sello de secretaría que obra a folio 162 del cuaderno principal, el recurso de apelación se presentó el 11 de noviembre de 2004.

⁵ "Los testimonios antes citados hacen parte de la respectiva investigación disciplinaria que, si bien no fueron ratificados en el presente proceso contencioso administrativo, sí pueden ser válidamente considerados en éste, por cuanto se trata medios de prueba que hacen parte de la investigación adelantada por la propia entidad demandada, esto es, la Policía Nacional y, que por lo tanto, fueron practicados con su pleno conocimiento, cuya incorporación al proceso se decretó y efectuó a petición de la parte demandante." Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 19 de septiembre de 2002, expediente 13.399.

"...en razón de la remisión que en materia probatoria expresamente consagra el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo, de conformidad con el reiterado criterio fijado por la Sala sobre el particular, dichos testimonios pueden y deben ser válidamente valorados, por cuanto fueron practicados por la propia entidad en contra de quien se pretenden hacer valer, es decir, con su previo y pleno conocimiento, los mismos que luego, a petición de la parte demandante (fl. 19 cdno.

4. En relación con el objeto de la apelación, se tiene que, por un lado, la entidad demandada consideró que en el asunto *sub examine* era aplicable la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima o por lo menos una compensación de culpas, en atención a la solicitud del lesionado de abstenerse de inspeccionar o decomisar la correspondencia a él dirigida. De otro lado, el desacuerdo de la parte demandante está orientado a que se revise el monto otorgado por perjuicios morales y fisiológicos, y que se condene al pago del daño emergente y lucro cesante.

Así las cosas, se pasará a verificar, con los medios de prueba que obran en el proceso, los hechos que se encuentran acreditados:

4.1. Conforme a la historia clínica, Roberto de Jesús Escobar Gaviria, ingresó a la Clínicas Las Vegas de la ciudad de Medellín el 18 de diciembre de 1993, por varias lesiones en su rostro, tórax y brazos, producidas con la explosión de una carta bomba cuando se encontraba recluido en la Penitenciaría Nacional de Itagüí (Fol. 44 a 82 cuad. 1, fols. 978 a 1051 cuad. 3).

En la valoración médica realizada por el Instituto Nacional de Medicina Legal, se dictaminó lo siguiente:

“Paciente de 48 años de edad, que sufrió accidente por artefacto explosivo el 18 de diciembre de 1993, quedando con pérdida de la visión total por el ojo derecho y sólo percibe destellos de luz y ve bultos a una distancia de 10 cms únicamente, quedando con un impedimento total de la visión y con un impedimento físico para realizar cualquier tipo de actividad por la ceguera que presenta. Actualmente se le están realizando tratamiento (sic) médico y correcciones quirúrgicas para tratar de mejorar en algo la visión por el ojo izquierdo, ya que por el ojo derecho la visión está completamente perdida.

“No obstante el pronóstico es muy malo desde el punto de vista visual y puede asimilarse el de una persona completamente ciega que no le permite leer ningún tipo de documento” (Fol. 88 y 89 cuad. 1)

Asimismo, se allegó al expediente el dictamen realizado por la Junta Regional de Invalidez de Antioquia, en el que se indicó que el señor Roberto de Jesús Escobar

ppal.), fueron allegados en copias auténticas como prueba trasladada, pero que precisamente en torno a ellos, en primera instancia, tanto el Ministerio Público como el propio tribunal estructuran el planteamiento de inexistencia de responsabilidad de la entidad demandada...” Sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 4 de diciembre de 2002, expediente 13.623.

Gaviria, perdió el 75.35% de su capacidad laboral (Fol. 474 y 474 vto. cuad. 1).

Igualmente, obran varias declaraciones de los médicos especialistas que atendieron al señor Escobar Gaviria (Fols. 416 a 422 y 426 a 433 cuad. 1), quienes dan cuenta de la gravedad de sus lesiones y de las secuelas que padece.

4.2. En relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, obra la declaración del señor Hernán de Jesús Vasco Vélez, quien afirmó:

“He sido su médico particular...Afortunada o desafortunadamente el 18 de diciembre de 1993, él me había llamado para que fuera a revisarlo porque se había aporriado (sic) un pie, ese día después de pasar todo ese maremagnum (sic) que es pasar allá, que ejército, policía, Inpec, que no puede uno llevar más de 5 mil pesos, que en esa época era tan bravo subir allá, correr ese riesgo, quitarle a uno los zapatos, pasarlo por una cámara de rayos x. Yo estaba con él en pieza (sic) después de medio día que dijeron que se preparan (sic) para la misa, él estaba en la cárcel (sic) de Itagüí en dos secciones y a él lo pasaron de la superior a la inferior y como estábamos en diciembre nos aprestamos a oír la misa, le dije me voy a quedar en misa y nos dijeron sólo los detenidos y él dijo que si no iban los visitantes no iba, al rato nos dieron que sí podíamos ir a misa, nos pasaron de un lado a otro, en la parte de abajo habían unos 4 detenidos y arriba unos más, en la parte del gimnasio y estábamos en la misa, y la comunión, Roberto ha sido un cliente como extrovertido, alegre y estaba contento en la misa. Terminándose la misa yo estaba con él y para entrar a ese patio, lo llamaron a él por el vidrio, uno de los del Inpec, lo llamaron y tenían unos sobre (sic) y que para entregarle la correspondencia, a él lo sacaron sólo a un cubículo que había cerca del patio, y no habían pasado como 2 o 3 minutos cuanto taque (sic), qué explosión tan tremenda y nos decían, que eso fue una bomba, un transformador, el techo para arriba, el humero a los 30 segundos, unos gritos, unos gritos: médicos (sic) me mataron, padre, padre, al primero que llamó fue a mí, luego dijeron mataron a don Roberto y que allá estaba en el suelo bañado en sangre, que lo mataron, tuvieron que llamar al señor que llegara el director de la cárcel un teniente o algo así en todo caso era de la policía, para que recogieran ese señor porque estaba aturdido y lo entraron al patio, y lo metieron a una mesa y solo vi que se mandaba la mano y decía hombre estoy ciego, no veo, pero estaba conciente...” (Fol. 393 a 396 cuad. 1).

4.3. De otra parte, respecto al procedimiento para recibir y entregar la correspondencia a los internos, la señora Nora Gutiérrez Méndez, señaló:

“PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted recibió un sobre de manila el día 17 de diciembre anterior, en caso de ser afirmativa su

respuesta, diga a qué hora y de manos de quién? CONTESTO: Recibí la correspondencia con timbre de correo, eran varios sobres, únicamente uno de manila tamaño carta, venían dos otros para el interno ROBERTO ESCOBAR y una carta para uno de los internos OCHOA, que inclusive reposa en la Dirección, ya que no se puede entregar hasta que sea revisado por rayos X, lo recibí de un guardián, no recuerdo el nombre, por ser recién llegado tampoco recuerdo cómo era PREGUNTADO: Sírvase manifestar qué órdenes posee usted con relación a la correspondencia de los internos? CONTESTO: Las instrucciones recibidas de la secretaria saliente y la explicación que me dio la doctora MARTHA ISABEL VELANDIA son: como existe un libro radicator de correspondencia, se le coloca su respectivo ítem o número consecutivo y ese mismo que le correspondió en el libro se le coloca en el sobre, se le col (sic) en el libro el remitente y el destinatario, también se escribe qué tipo de correspondencia se recibe, osea (sic), si es carta, telegrama, luego se llama al oficial de servicio o a uno de los tenientes y se le hace entrega para que el interno firme el libro que recibió a satisfacción la correspondencia. Las cartas personales vienen selladas se radican igualmente y que el oficial de servicio o quien lleve al interno la correspondencia, constata que no se trate de algo indebido...si la correspondencia es oficial, que tenga membrete de la Fiscalía, del DAS, de la Presidencia, se revisa que tiene sellos radicarla, llamar uno de los funcionarios mencionados y hacerle entrega para que este a su vez le haga entrega al interno PREGUNTADO: Sírvase manifestar la razón por la cual el mencionado sobre de manila no fue entregado el día de su recibo en la Dirección, sino al día siguiente? CONTESTO: como es sabido por todos, ba (sic) haciendo entrega formal del establecimiento el día 17, yo estaba tan ocupada y tenía instrucciones de que tenía que elaborar las actas de todas las reuniones que habían efectuado los directores saliente y entrante, le coloca la correspondencia en lo pendiente al Director pero como estaba tan (ilegible) la entrega, la recogí de ahí y la coloqué en una parte que yo estuviera pe te (sic) que no se fuera a olvidar ya que la instrucción que tenía era que no se día (sic) dejar pasar mas de uno o medio día la correspondencia de los internos por que (sic) era un delito, como me ocupé tanto, como a las siete de la noche vi la correspondencia le dije a la Directora y a la Subdirectora que la correspondencia no se había entregado, y ellas me dijeron que a esa hora no podía entregar, como era mi horario, yo le dije a mi Coronel que yo venía a trabajar al otro día, teniéndose en cuenta que tenía que archivar cosas...cuando llegué a la Penitenciaría como de una y treinta a dos y treinta, vi el cua deno (sic) con la correspondencia y llamé al Teniente OSPINA para entregar cosa que hice..." (Mayúsculas en original) (Fol. 1083 cuad. 4).

Y el Cabo de Prisiones, Abelino Sabogal Calderón, manifestó:

"PREGUNTADO: Sírvase manifestar la hora en punto en que usted recibió por parte del alumno localizado en la puerta número uno la correspondencia que ingresó a la Penitenciaría Nacional el día 17 de diciembre? CONTESTO: más o menos era las 10 de la mañana PREGUNTADO: Sírvase manifestar a qué hora ingresó usted a la

penitenciaria con esa correspondencia? CONTESTO: inmediatamente que me vine de la puerta PREGUNTADO: Sírvase manifestar usted qué actividad cumplió luego de ingresar a la Penitenciaría? CONTESTO: pasé la puerta, pasé la requisa, para que me requisaran a mi y a la correspondencia y les pregunté si eso ahí lo registraban ahí o qué hacían con ella y me dijeron que eso lo llevaban a la Dirección, y fue cuando la dejé para que la revisaran, mientras requisaban la correspondencia, yo me retiré a conversar con un compañero, luego la recogí y la llevé a la Dirección...PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted le entregó la correspondencia a uno de sus compañeros que se encontraba en rayos x y en caso de ser afirmativa su respuesta a cuál de ellos? CONTESTO: Sí al guardián VARGAS PREGUNTADO: Sírvase manifestar la razón por la cual este Despacho tiene conocimiento de que usted no entregó la correspondencia sino que la mostró solamente y el guardián VARGAS le manifestó que la subiera a la Dirección? CONTESTO: yo le mostré la correspondencia y le pregunté qué se hacía con eso, dijo que eso se llevaba a la Dirección que allá se llevaba el libro de correspondencia, yo la dejé encima de una mesita que tienen ahí, me puse a hablar con el otro compañero y volví y la recogí y la llevé PREGUNTADO: Sírvase manifestar si usted encontró la correspondencia en el mismo sitio en dónde la dejó o en otro diferente? CONTESTO: en mismo (sic) sitio en donde la dejé..." (Mayúsculas en original) (Fol. 1114 cuad. 4)

Asimismo, una de las personas que trabajaba en el anillo de seguridad de la cárcel, Martín Figueroa Hernández, indicó:

"PREGUNTADO: Sírvase manifestar cuáles son sus funciones dentro del anillo de seguridad? CONTESTO: requisar a todo personal que ingresa y salga de la Penitenciaría, llevo un libro de minuta de guardia en donde se hacen las anotaciones de que recibe uno el puesto, el personal de nosotros que salga y dónde se entrega el puesto...según oficio de la Dire (sic) que la correspondencia se requisaba y se le hace entrega al guardián de la pu de (sic) muralla, él llama aquí por que (sic) la orden es no abrir los sobres ni cartas selladas que ingresen para el personal de internos...había una para el señor ROBERTO ESCOBAR procedente de la Fiscalía del Distrito Especial de Bogotá, tenía tres sellos: uno en la parte derecha, otro en el centro, y ot (sic) en la parte izquierda en un sobre de manila y venían tres cartas más una para Cabo (sic) de la Penitenciaría y otras dos que no recuerdo uno de color rojo y otro color verde..." (Mayúsculas en original) (Fol. 1115 cuad. 4).

Y la señora Martha Velandia Gracia, quien era la directora de la cárcel donde sucedieron los hechos, manifestó:

"PREGUNTADO: Sírvase manifestar la razón por la cual la correspondencia dirigida al personal de internos de esta

penitenciaria no era abierta antes de ser entregada a los mismos?
CONTESTO: La correspondencia era destapada por mi, cuando en agosto 28 o 29, se pronunció la Corte Constitucional, los internos solicitaron en varias oportunidades que le diera cumplimiento a la Constitución Nacional y al nuevo Código Carcelario donde prohibía la apertura de su correspondencia, solicité al Fiscal Regional, al Director del INPEC se buscara un medio eficaz por cuanto los internos argumentaban que no se podía destapar ni la que llegaba ni la que enviaban y de esta forma se esta atentaba (sic) con la seguridad del establecimiento, anexo copia del oficio 532D y 585, dirigidos al Coronel GUSTAVO SOCHA SALAMANCA, Director General del INPEC, en donde le solicito se busque o se consiga la orden del (sic) interceptar la correspondencia que ingrese al Establecimiento y se reglamente lo relativo a la misma que todo ingresaba y salía en sobre cerrado, lo único que se estaba haciendo era radicarla. También septiembre 10 (sic) le solicité mediante oficio 560 al Fiscal Regional con base en la ley 065 que se coordinara con los funcionarios fiscales sin rostros para que se autorizara interceptara (sic) la correspondencia que saliera o ingresara, a lo cual no se ha tenido respuesta. En octubre 4 llegó un oficio del Director General del INPEC en el que dice que el Fiscal General autorizaba que se mirara la correspondencia, notificación que se le hizo a los internos, donde estos manifestaron que el Fiscal General no tenía la competencia judicial, por cuanto ellos estaban a órdenes de la Fiscalía Regional, sin embargo en octubre 19 se le hizo llegar al fiscal regional mediante oficio 661D copia del oficio 23463 emanado del Despacho Fiscal (sic) General al señor Ministro de Justicia y el oficio O163341 emanado del Despacho del Director del INPEC donde se le solicita que con base en estos oficios se sirva autorizar o se coordinara con los señores fiscales de conocimiento de los internos, de los procesos, fuera interceptada o se pudiera abrir, pero hasta la fecha no se ha recibido respuesta. Igual comunicación le hizo al procurador departamental mediante oficio 660D de la misma fecha octubre 19, para que tuviera conocimiento y se anexara a los procesos o investigaciones disciplinarias que se estaban adelantando en mi contra por violación ilícita de correspondencia, queja presentada en varias oportunidades por los internos ante los diferentes organismos defensores de los derechos...La orden que tienen los funcionarios de rayos X era que todo paquete debe pasar sea grande o chico por rayos X. Cuando comenzó a llegar la correspondencia en sobre de manila con el o la manifestación 'DE TU ABOGADO PARA DEFENSA', dirigida a los internos, tenían la obligación de pasarla por rayo (sic) X ingresara o saliera. También solicité a la SIJIN no recuerdo la fecha que vinieran y me dieran (sic) instrucciones al personal trayendo consigo muestras de narcóticos y explosivos para ser pasados por rayos x y la guardia pudiera tener mayor claridad sobre estos elementos y cómo figuraban en las pantallas, instrucción que se alcanzó a dar a una sola de la compañía con la participación de la mayoría de rayos x por cuanto los internos se enteraron, no se por qué medio, y solicitaron la presencia del Fiscal Regional y presentaron la queja manifestándole habían (sic) ingresado narcóticos y material explosivo que ellos no sabían con que fin lo había hecho, por lo tanto suspendía (sic) esta actividad que se había llevado a cabo para la otra compañía, el fiscal me

interrogó al respecto en mi Despacho a lo que le manifesté que se estaba dando instrucción al personal y para mayor seguridad de los internos, de ellos mismos y del Establecimiento...PREGUNTADO: Sírvase manifestar si el paquete que resultó ser un explosivo, el día de su ingreso a la Penitenciaría tuvo control de rayos x? CONTESTO: Se supone que cuando a Dirección (sic) para ser radicado en el libro ya ha pasado por rayos X, pero de acuerdo a las averiguaciones que se han estado realizando, al parecer esa correspondencia la pasaron directamente a la Dirección. A la hora que llegó, de acuerdo a los videos, el Director entrante, la subdirectora, el comandante de vigilancia y un delegado de la Fiscalía y yo, nos encontramos haciendo entrega del personal con reseña decadactilar, procedimiento que fue realizado con agente de dactiloscopia de la SIJIN y el dactiloscopista adscrito a la Penitenciaría, actividad que terminamos mas o menos sobre el medio día...cuando el interno ha tenido duda del paquete que le ha llegado, hecho que una vez sucedió y que iba dirigido al señor ROBERTO ESCOBAR, éste me autorizó por escrito para que lo destapara, esto sucedió en octubre 13...no era raro el ingreso de un sobre de manila dirigido a un interno y el cual tuvi (sic) sellos oficiales, por cuanto a los mismos les escriban (sic) desde la Presidencia, la Fiscalía General de la Nación, de la Fiscalía Regional, de Derechos Humanos, como consta en el libro radicator..." (Fol. 1092 a 10 94 cuad. 4).

Finalmente, el ingeniero Abraham Acosta, respecto al funcionamiento del equipo de rayos x, afirmó:

"PREGUNTADO: Sírvase manifestar a qué hora del día 17 de diciembre anterior le fue comunicado que regulador (sic) de energía del equipo de rayo x (sic) d esta Penitenciaría se había dañado? CONTESTO: mas o menos a las tres la tarde (sic), inmediatamente bajé y se constató de que el regulador se encontraba apagado, revisé los interruptores de encendido y dichos interruptores no prendía el regulador, subí al segundo piso a las oficinas de interventoría (sic) y le solicité al ingeniero CESAR CASTAÑO que me colaborara en la revis (sic) del regulador, al revisarlo internamente encontramos que el fusible de protección estaba quemado lo cambiamos por otro y al encenderlo el rele (sic) empezó a sonar como en corto enseguida un procesador se quemó, cuando nosotros oprimíamos el interruptor set se prendía el equipo de rayor (sic) x pero al soltarlo volvía y se apagaba el equipo, procedí a llamar al Fondo Rotatorio para que me facilitaran los números telefónicos de la empresa que había suministrado el equipo de rayos x, inmediatamente llamé y solicité que me comunicaran con el gerente de la empresa, como él no se encontraba solicité me comunicaran con el señor ingeniero LEONARDO MIRANDA quien había venido instalar (sic) el equipo, la secretaria me preguntó que en qué me podía ayudar, expliqué el motivo de mi llamada y me comunicó con el ingeniero RÍOS, le conté lo sucedido y me dijo (sic) que le enviara el regulador a Bogotá, yo le manifesté que si podía conectar el equipo directamente a lo que me respondió que yo sería el responsable si le sucedía algo al equipo, le expliqué que la

seguridad de este establecimiento en el ingreso de los elementos depende del equipo de rayos x, manifestándome que si quería lo conectara, medio (sic) las instrucciones de cómo conectarlo directamente pero me advirtió que una subida de voltaje podría quemar el equipo, que si lo utilizaba lo hiciera para paquetes grandes y lo desconectara inmediatamente. Una vez terminada la conversación telefónica consulté con el señor Director explicándole la conversación descrita antes y se acordó que para que no se fuera a tener un daño mayor en el equipo se mantuviera desconectado y él daría las instrucciones necesarias para que la requisita manual fuera intensa. El equipo quedó desconectado a las tres y quince minutos de la tarde..." (Fol. 1087 y 1088 cuad. 4).

4.4. De otro lado, a folios 1062 y 1063 del cuaderno 4, se encuentra un escrito que contiene un derecho de petición presentado ante el Director del Inpec, el 17 de agosto de 1993, suscrito por el señor Roberto Escobar Gaviria y otros internos más, en el que se señala:

"...nos dirigimos con el objeto de solicitarle se sirva dar cumplimiento a lo preceptuado en el inciso tercero del artículo 15 de la Constitución Nacional y en adelante se abstenga de ordenar la interceptación y registro de nuestra correspondencia y demás formas de comunicación privada.

"Nuestra petición se fundamenta en las siguientes consideraciones jurídicas:

"1.- El artículo 206 del Decreto 1817 de 1964 preceptuaba que 'Los detenidos no pueden recibir ni enviar cartas o escritos de ninguna clase, sin que previamente hayan sido leídos y tengan el visto bueno del director'.

"2.- El mencionado artículo 206 fue derogado por el inciso tercero del artículo 15 de la Constitución Nacional vigente desde 1993.

"3.- Este artículo, derogatorio de la norma inferior anterior, determina que la correspondencia y demás formas de comunicación privada sólo pueden ser interceptadas mediante orden judicial escrita y con las formalidades que la ley imponga.

"4.- Los funcionarios del INPEC no forman parte de la rama jurisdiccional y por lo tanto no están facultados para interceptar comunicaciones, mucho menos darle visto bueno a las mismas.

"5.- La violación de la correspondencia y demás formas de comunicación privada son conductas sancionables por la ley penal colombiana, conforme al 288 y siguientes del Código Penal.

"6.- El artículo 9 de la Ley 153 de 1887 textualmente que 'La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente', y obviamente el artículo 206 lo era.

"7.- El artículo 4 de la Constitución Nacional ordena, sin excepción, la aplicación de la norma constitucional cuando existe incompatibilidad entre esta y la ley. Así estuviese vigente el artículo 206 mencionado no sería aplicable..."

4.5. Igualmente, a folio 366 del cuaderno 1, obra una carta dirigida a la Directora

de la Penitenciaría Nacional de Itagüí, el 30 de agosto de 1993, en la que el señor Roberto Escobar Gaviria y varios internos más, solicitan lo siguiente:

“Nosotros, los abajo firmantes, reclusos en esta penitenciaría, a usted respetuosamente nos dirigimos para solicitarle muy comedidamente se abstenga en el futuro de interceptar y leer nuestras llamadas telefónicas y nuestra correspondencia.

“Nuestra petición se funda, además de los artículos inherentes al tema de la Constitución Nacional, en fallo emitido por la Corte Constitucional para decidir sobre una tutela interpuesta por un recluso del sistema penitenciario nacional que consideró violado su derecho a la intimidad y con ponencia del Magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ se acogieron sus argumentos.”

4.6. Asimismo, se encuentran dos comunicaciones fechadas el 2 y 17 de septiembre de 1993, en las que la Directora de la Penitenciaría Nacional de Itagüí le informa al Director del Inpec, lo siguiente:

“Me permito reiterar a usted, la solicitud elevada ante su despacho con el fin de que ordene a quien corresponda el envío del reglamento de régimen interno que se encontraba para su aprobación y la del señor Ministro de Justicia.

“Lo anterior se hace necesario con carácter urgente, no sólo para la buena marcha del establecimiento, sino que es indispensable disciplinariamente que los internos conozcan sus deberes, derechos y obligaciones y no se escuden en la falta de conocimiento del mismo, cada vez que elevan quejas a la Procuraduría y esta a su vez, nos solicita inspección sobre el mismo y no se puede poner de presente, permitiendo de esta forma que sus quejas sean tomadas como ciertas.

“Igualmente, me permito sugerirle que en el evento que no halla sido incertado (sic) lo pertinente sobre la correspondencia para su envío y recibo, se haga conforme a la Constitución Nacional y Ley 65/93, buscando un medio eficaz en que se pueda controlar el contenido de la misma, pues en la actualidad únicamente se deja relacionado los sobres que ingresan o salen debidamente cerrados, nombre del destinatario u organismo a la cual van dirigidos. Lo anterior teniendo en cuenta al (sic) pronunciamiento de la Corte Constitucional en fallo del día sábado 29 de agosto/93”. (Fol. 1060 y 1061 cuad. 4).

4.7. Igualmente, el 10 de septiembre de 1993, la Directora de la Penitenciaría Nacional de Itagüí, le comunica al Fiscal Regional de Medellín, que:

“Teniendo en cuenta que el inciso 3 del artículo III de la Ley 65 de agosto 19 de 1993 que a la letra dice: ‘Artículo III COMUNICACIONES...las comunicaciones orales o escritas previstas en este artículo podrán ser registradas mediante orden de funcionario judicial, a juicio de este o a solicitud de una autoridad

del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, bien para la prevención o investigación de un delito o para la debida seguridad carcelaria. Las comunicaciones de los internos con sus abogados no podrán ser objeto de interceptación o registro’.

“Comedidamente, me permito solicitar se sirva coordinar con los funcionarios de conocimiento de los procesos del personal de internos reclusos en esta penitenciaría y del pabellón anexo de la cárcel municipal y para que la correspondencia que ingresa o sale del complejo pueda ser registrada por esta Dirección.

“Lo anterior, debido a que constituye gran riesgo para la seguridad del penal, el ingreso y salida constante de correspondencia en sobre cerrado, teniendo en cuenta la naturaleza misma del personal que albergamos y los hechos ocurridos con anterioridad durante su primera detención.

“Igualmente le solicito suministrarme los nombres de los abogados que se encuentran como apoderados de los internos y si se les ha reconocido personería jurídica como tal, toda vez que la correspondencia que circula lleva como destinatario para el ‘Abogado’ y/o ‘de tu abogado para tu defensa’, factor este que puede servir de medio para despachar o recibir correspondencia diferente a la requerida para su defensa...” (Fol. 1059 cuad. 4).

4.8. De igual forma, a folios 1055 y 1056 del cuaderno 4, se encuentra un escrito dirigido al Ministro de Justicia suscrito por el Fiscal General de la Nación, en el que se indica:

“En atención a su oficio No. 1807 del presente año, mediante el cual se plantea la posibilidad de revisar la correspondencia de los internos reclusos en los pabellones de alta seguridad de las cárceles de Itagüí, la Picota y la Modelo, me permito comentarle que en sentencia del 24 de junio del año pasado, con ponencia del Magistrado Fabio Morón, la Honorable Corte Suprema de Justicia (sic) se pronunció respecto a esta posibilidad, en virtud de una acción de tutela incoada por un recluso de la Penitenciaría “Peñas Blancas”.

“La Corte determinó que si bien es cierto que, los reclusos son titulares de derechos, por ser personas humanas, existen otros que por la particular situación de los internos, se encuentran limitados, como acontece con las comunicaciones.

“El aspecto fáctico que impulsa a esta Corporación para llegar a esta conclusión radica en los motivos que por seguridad, salubridad y convivencia deben cumplirse en las cárceles.

“En efecto la Corte sostiene: ‘Ahora bien, en la vida libre es posible y más aún, necesario, adoptar medidas limitativas del ejercicio y reconocimiento de los derechos, no es motivo de sorpresa que tales limitaciones tengan que existir también en los establecimiento penitenciarios respecto de algunos derechos de quienes en virtud de una decisión judicial se encuentran privados de la libertad, pues la convivencia en los centros de reclusión suele estar sometida a altas dosis de vigilancia y disciplina, y la conservación de

condiciones de moralidad, seguridad y salubridad todo lo cual en últimas, ha de redundar en el cabal cumplimiento de los fines que el ordenamiento penal atribuye a la pena’.

“ ‘Puede concluirse con facilidad que el régimen jurídico especial a que se encuentran sometidos los internos en ocasiones, resulta incompatible con ciertos derechos, aún fundamentales, cuyo ejercicio se suspende para tornar a él luego de que haya expirado la pena, o según las condiciones fijadas en la ley o en la sentencia. Esto sucede en primer lugar con la libertad y además con derechos tales como los políticos, el de reunión, locomoción, etc, en tanto que otros derechos no se ven afectados y conservan su plenitud; piense por ejemplo en el derecho a la vida y a la integridad, en la libertad de conciencia y de culto; un tercer grupo de derechos está integrado por aquellos (sic) que deban soportar limitaciones, la más de las veces previstas en la Constitución o en la ley, tal como acontece con la comunicación oral, escrita o telefónica que previos los requisitos del caso, resulta restringida” (El subrayado es nuestro)

“De otra parte, la Corte establece que esta particular vulneración al derecho de la intimidad, que la Constitución protege, debe justificarse mediante orden judicial y de acuerdo a las formalidades legales pertinentes, ello obedece a que Colombia, como Estado de Derecho, se caracteriza porque todas sus competencias son regladas (artículos 3, 6 y 123 de la Constitución). Por lo tanto, la revisión de la correspondencia, sólo puede hacerse mediando orden judicial.

“Por tal virtud, este Despacho encuentra procedente acceder a su solicitud, siempre que se cumplan las formalidades exigidas por la ley, considerando que el artículo 111 de la ley 65 de agosto 19 de 1993, autoriza el registro de las comunicaciones mediante orden judicial, a juicio de ésta o a solicitud de la autoridad penitenciaria, bien para la prevención o investigación de un delito o para la debida seguridad carcelaria, con excepción de las comunicaciones de los internos con sus abogados.

“Ahora bien, la autorización tiene carácter reservado conforme el artículo 347 del Código de Procedimiento Penal y la correspondencia que sea retenida, debe entregarse a este Despacho directamente.

“Finalmente, esta autorización se imparte en relación con las personas que se encuentran a órdenes de la Fiscalía, y no comprende la de personas acusadas o condenadas, cuya autorización compete impartirla a los jueces y tribunales competentes.”

4.9. A folio 365 del cuaderno 1, obra una comunicación del 30 de septiembre de 1993, dirigida a la Directora de la Penitenciaría Nacional de Itagüí, suscrita por varios reclusos -entre ellos el señor Roberto Escobar Gaviria-, en la que solicitan:

“Nosotros, los abajo firmantes, reclusos en esta penitenciaría, por medio de la presente, nos permitimos manifestarle que renunciamos a la franquicia postal que consagra el artículo 111 de la ley 65 de 1993.

“Queremos recordarle, señora Directora, que conforme a reciente fallo de la Honorable Corte Constitucional la correspondencia, así sea de personas privadas de la libertad, es inviolable y sólo puede ser interceptada mediante orden judicial y esto incluye al destinatario de la misma...”.

4.10. Y el 30 de septiembre de 1993, el señor Escobar Gaviria presentó ante el Procurador Departamental de Antioquia, una solicitud para que se iniciara un proceso disciplinario contra la Directora de la Penitenciaría Nacional de Itagüí, por los siguientes hechos:

“En días pasados solicite ante la dirección el visto bueno o p se (sic) una carta que le enviaba a los periodistas de la cadena radial Caracol. Dicha carta iba obviamente en sobre cerrado. La directora de la Penitenciaría se negó a autorizar el envío la citada carta con el argumento de que requería autorización del Inpec y cita como fundamento de esta decisión el régimen interno que no existe y la ley 65 de 1993 cuando esta no menciona nada sobre autorizaciones del Director del Inpec para envío de correspondencia a los periodistas.

“Con su actitud, la Directora me está vulnerando derechos fundamentales como el consagrado en el artículo 15 de la Constitución Nacional.

“Conforme al artículo 84 ibídem, para el ejercicio de mi derecho a enviar correspondencia no puede haber más exigencias que las mismas que el reglamento general consagran.

“El artículo 91 ibídem no exonera (sic) de responsabilidad al agente ejecutante de la orden manifiestamente contraria a la Constitución Nacional.

“La Corte Constitucional ya se pronunció favorablemente sobre el derecho que tienen los detenidos a la privacidad de su correspondencia.

“La Procuraduría General de la Nación emitió concepto en el mismo sentido...” (Fol. 1066 cuad. 4).

4.11. Asimismo, se allegó al expediente una denuncia penal instaurada el 23 de agosto de 1993, por los señores Gustavo Adolfo Gutiérrez y Roberto Escobar Gaviria, en la que se da cuenta de lo siguiente:

“Nosotros, los abajo firmantes, mayores e identificados conforme aparece al pie de nuestras firmas ante Usted, respetuosamente, formulamos denuncia penal contra MARTHA VELANDIA GRACIA, directora de la Penitenciaría Nacional de Itagüí, lugar donde nos encontramos reclusos, por la comisión del delito de VIOLACIÓN ILÍCITA DE COMUNICACIONES (Art. 288 Código Penal).

“Nuestra denuncia se fundamenta en los siguientes hechos:

"1.- A raíz de comunicaciones dadas a la opinión pública por parte del Ministro de Defensa y emitidas en el programa 30 minutos de la semana pasada, nosotros le enviamos una carta al Ministro en la que le exponíamos nuestros puntos de vista sobre sus declaraciones.

"2.- Aunque no estamos obligados constitucionalmente a ello, porque el artículo 206 del Decreto 1817 de 1964 que consagraba el control de nuestra correspondencia como reclusos, fue derogado por el Artículo 15, inciso tercero de la Constitución Nacional, nosotros presentamos el texto de nuestra carta para su aprobación por parte de la dirección de esta Penitenciaría.

"3.- Esta comunicación fue aprobada y en consecuencia enviamos su texto, debidamente firmado por nosotros, con una persona para que le llegase al Ministro de Defensa.

"4.- Esta persona salió de la Penitenciaría y una cuadra mas abajo, donde se encuentran los anillos de seguridad, fue abordada por MARTA VELANDIA GRACIA, quien procedió a requisarla y le retuvo la mencionada carta, de manera ilegal y arbitraria.

"5.- Hasta el momento la carta no nos ha sido devuelta, lo que constituye un delito.

"6.- El artículo 91 de la Constitución Nacional consagra que en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

"Nosotros estamos dispuestos a ratificarnos, bajo la gravedad del juramento, sobre lo manifestado en este escrito de denuncia." (Fol. 369 y 370 cuad. 1).

5. Así las cosas, se tiene que está debidamente acreditado que el 18 de diciembre de 1993, el señor Roberto de Jesús Escobar Gaviria, resultó gravemente lesionado como consecuencia de la explosión de una carta bomba que recibió cuando se encontraba recluso en la Penitenciaría Nacional de Itagüí.

Ahora bien, no está en discusión si el daño que se reclama es imputable a la entidad demandada, porque el señor Escobar Gaviria se encontraba bajo su seguridad y protección, dada la relación de especial sujeción entre éste y el Estado. Sin embargo, no se puede desconocer que meses antes a la ocurrencia de los hechos, el detenido presentó varias peticiones encaminadas a evitar que su correspondencia fuera revisada, con fundamento en un pronunciamiento de la Corte Constitucional que amparaba el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia de los internos reclusos en las cárceles del país.

En efecto, en el proceso obran tres comunicaciones -del 17, 30 de agosto y del 30 de septiembre de 1993- firmadas por el señor Escobar Gaviria en las que le solicitó a la Directora de la Penitenciaría Nacional de Itagüí y al Director del Inpec que en lo sucesivo no se abriera, revisara, requisara, registrara o decomisara la

correspondencia a el dirigida.

Adicionalmente, también se comprobó que el 23 de agosto de 1993, Roberto de Jesús Escobar Gaviria instauró una denuncia penal contra la Directora de la Penitenciaría Nacional de Itagüí, por la presunta comisión del delito 'violación ilícita de comunicaciones', y presentó, igualmente, una solicitud para que se iniciara un proceso disciplinario en su contra por las mismas razones.

De las pruebas que se acaban de reseñar, es posible concluir que el lesionado desplegó actuaciones previas a la ocurrencia de los hechos que le hacen atribuible el daño sufrido, en la medida que las peticiones -reiteradas en varias oportunidades- encaminadas a evitar la revisión de su correspondencia, concretaron y materializaron una acción a propio riesgo.

En relación con esta figura, la doctrina tiene por establecido:

“Dentro de este genérico concepto se agrupan todos aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima. El punto de discusión está en determinar si el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido...

“Bajo el genérico título de 'acción a propio riesgo' podemos agrupar las siguientes constelaciones: A. La participación en una autopuesta en peligro. B. El consentimiento en una autopuesta en peligro realizada por otro. C. Las acciones peligrosas de salvamento. D. La creación de una nueva realización de riesgo por parte de la víctima, al violar sus deberes de autoprotección.”⁶

Igualmente, el tratadista Günther Jakobs ha indicado:

“...aquellos otros supuestos de hecho, en los que la víctima da con su propio comportamiento la razón para que la consecuencia lesiva le sea imputada a ella misma. Casos en los que, por lo tanto, no se trata de la modalidad de explicación 'desgracia', sino de la modalidad 'lesión de un deber de autoprotección' o incluso 'voluntad propia'; las infracciones de los deberes de autoprotección

⁶ LÓPEZ, Claudia “Introducción a la imputación objetiva”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, Págs. 141 y 143.

y la voluntad se agrupan aquí bajo el rótulo 'acción a propio peligro'..."⁷

Y el doctrinante Yesid Reyes Alvarado, al respecto señala:

"Tanto la conformidad como los consentimientos excluyentes de tipicidad y de antijuricidad tienen como esencial distintivo la presencia de una voluntad por parte del titular del bien, de manera que recurriendo a un símil podría decirse que la conformidad y el consentimiento suponen una 'dolosa' aceptación del daño. En contraposición, existen eventos en los que ese 'dolo' no existe, pero debido a un inconsciente y despreocupado trato con algunos bienes se producen daños no queridos; continuando con el símil podríamos decir, entonces, que en estas situaciones el daño es producto no del 'dolo' sino de la 'imprudencia' del titular del bien. Estas son las hipótesis que suelen denominarse 'acciones de propio peligro', las cuales relevan de responsabilidad al causante del daño..."

"En las acciones de propio peligro es determinante la competencia que el titular del bien tiene respecto de la evitación de los daños, y no la simple reconocibilidad del peligro..."

"De esta manera, quien dentro de su ámbito de competencia se expone a un peligro del cual pueden resultar para sí mismo consecuencias negativas asume íntegramente la responsabilidad por dichos efectos. Esa asunción de responsabilidad no desaparece por el sólo hecho de que un tercero que participa en los hechos conozca mejor que el autor los peligros a los cuales se expone...el problema no se resuelve en favor o en contra de quien posea los mejores conocimientos, sino de quien tenga competencia; por eso quien no es competente para evitar un daño no tiene obligación de impedirlo aún cuando disponga de mejores conocimientos o capacidades para hacerlo..."

"En las acciones de propio peligro lo determinante no es tampoco una genérica aplicación del principio de autorresponsabilidad o la simple consideración de la capacidad que cada individuo tiene para autodeterminarse, sino la determinación de la competencia, pues en cuando dicha competencia recaiga sobre el titular del bien, solo él será responsable de los daños que como consecuencia de su conducta se produzcan..."⁸

De lo transcrito se advierte que esta figura permite establecer, cuándo el daño es imputable única y exclusivamente a la propia víctima, quien con su actuación desconoce su deber de autoprotección y permite así la concreción del riesgo.

Así las cosas, si el daño se produce por el actuar determinante de la víctima, no hay lugar a dudas que ésta asume el riesgo, y por lo tanto, no es posible imputar

⁷ JAKOBS, Günther "La imputación objetiva en derecho penal", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998. Pág. 39.

⁸ REYES ALVARADO, Yesid "Imputación objetiva", Ed. Temis, Bogotá, 1996, Págs. 167 y 168.

el daño a la administración pública.

En este orden, para que la actuación a propio riesgo releve el estudio de imputación, es necesario que se presenten tres presupuestos a saber: primero, que la actividad riesgosa permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por el autor y por la víctima, y además, para que se configure una autolesión, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el desarrollo de la situación peligrosa; segundo, la víctima debe ser autorresponsable y con la capacidad suficiente para calcular la dimensión del riesgo; y por último, el tercero no debe tener una posición de garante respecto de la víctima⁹.

En el presente caso, el primer elemento se encuentra acreditado en tanto que la actividad peligrosa que produjo daños al señor Escobar Gaviria -revisión de correspondencia en el centro carcelario-, corresponde con la organización conjunta entre tercero y víctima, en un contexto común¹⁰.

Adicionalmente, está probado que la víctima dio su consentimiento en el riesgo, toda vez que el recluso solicitó en varias oportunidades que la correspondencia a él dirigida no fuera revisada, lo que efectivamente cumplió la institución carcelaria con el fin de proteger el derecho de los privados de la libertad a la reserva de las comunicaciones a ellos enviadas.

Finalmente, otro supuesto importante a tener en cuenta para configurar el primer elemento de una acción a propio riesgo, se refiere al control de la víctima sobre el “sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa”, esta circunstancia aplicada al caso concreto se acredita, cuando el recluso asume revisar personalmente su correspondencia al relevar de este deber a la institución carcelaria.

De otra parte, el segundo elemento que se debe verificar para la configuración de la acción a propio riesgo, exige que la víctima sea un sujeto autorresponsable con capacidad para calcular la dimensión del riesgo y para conocer el peligro al que se estaba exponiendo, y en el asunto *sub examine*, no hay lugar a dudas de la demostración de estas condiciones, toda vez que el señor Escobar Gaviria era una persona consciente, capaz y responsable que conocía los riesgos y peligros de

⁹ Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia, “Acciones a propio riesgo”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, Págs. 397 y siguientes.

¹⁰ Cfr. LÓPEZ DÍAZ. Claudia, cit, Pág. 399.

evitar que su correspondencia fuera revisada, y que voluntariamente, decidió asumirla.

Y en último lugar, el tercer elemento para la acreditación plena de la acción a propio riesgo, se refiere a la inexistencia de una posición de garante respecto de la persona que se pone en peligro a sí misma. Al respecto, se debe advertir que si bien es cierto que el señor Escobar Gaviria se encontraba recluido en una cárcel de máxima seguridad, las expresas y variadas solicitudes encaminadas a la no revisión de su correspondencia, las cuales fueron cumplidas por la institución carcelaria, permiten afirmar que la posición de garante, en un caso como el que se está analizado, se ve limitada, más aún, cuando la víctima viola sus deberes de autoprotección.

En ese orden de ideas, el comportamiento de la víctima en el caso *sub examine*, en términos de la atribución fáctica y jurídica¹¹, es determinante, comoquiera que al solicitar y exigir en reiteradas oportunidades que su correspondencia no fuera revisada asumió el riesgo que su petición generaba, y por lo tanto, el daño no es imputable a la entidad demandada. En efecto, la actitud del señor Escobar Gaviria, desconoció su deber de autoprotección y la concreción del riesgo es producto de su actuar.

Así las cosas, en esta línea de pensamiento, resulta apodíctica verdad que el actuar de Roberto de Jesús Escobar Gaviria configuró, en los términos de la

¹¹ "...la imputación jurídica o de segundo nivel es aquella en la que el operador jurídico analiza el título de imputación aplicable a la controversia, en aras de establecer si opera un régimen subjetivo de falla del servicio –por el incumplimiento de la carga obligacional de la organización estatal– o si por el contrario son aplicables cualquiera de los títulos de responsabilidad objetiva en los cuales es irrelevante cualquier valoración de la conducta de la administración, toda vez que en esta sede se verifica la concreción de un riesgo excepcional o el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

"De allí que, verificada la existencia de un daño desde la dimensión jurídica lo relevante es establecer a quién es atribuible esa afectación que sufre una determina persona en sus derechos, bienes o interese legítimos. Es precisamente en ese específico escenario donde la imputación supone un análisis bifronte o dual consistente en la verificación de que el daño es tanto fáctica (*imputatio facti*) como jurídicamente (*imputatio iure*) imputable.

"La imputación fáctica tiene como propósito determinar si en el plano material, mas no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica, esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico.

"En otros términos, la imputación fáctica –y con ella la imputación objetiva del daño– consiste en un estudio retrospectivo que recae sobre la acción u omisión del sujeto, mientras que la imputación jurídica supone la realización de un análisis prospectivo y netamente normativo dirigido a determinar si, una vez establecida la atribución material del daño, existe o no el deber jurídico – subjetivo u objetivo – de resarcir el perjuicio" Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 5 de julio de 2012, expediente 21.928, C.P. Enrique Gil Botero.

imputación objetiva, una acción a propio riesgo¹², toda vez que el hecho de solicitar y exigir a través de varias peticiones y denuncias, que la correspondencia a el dirigida no fuera revisada, permitió la concreción del riesgo y esta circunstancia imposibilita la imputación del daño a la demandada.

Como corolario de lo anterior, la Sala revocará la decisión apelada para, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda pues, se insiste, el comportamiento de la víctima fue determinante en la producción del daño, de allí que, en ese contexto, se presenta una clara ausencia de imputación, toda vez que el daño no es atribuible a conducta alguna de la administración pública.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. Revócase la sentencia de 15 de octubre de 2004, proferida por la Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, Risaralda, Caldas y Chocó, y en su lugar, niéganse las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE

¹² "Se parte del punto de vista de que la vida en sociedad no se regula con base en la determinación de relaciones de causalidad; se forma mediante la delimitación de ámbitos de responsabilidad. La misión de la teoría de la imputación radica en precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, porque un suceso puede ser explicado como obra exclusiva de un autor, o como obra exclusiva de la víctima o como obra de ambos, o como un suceso fortuito o accidental. Es decir, "la víctima" también puede ser objeto de imputación... Si al momento de la realización del riesgo es ella [la víctima] quien tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado dentro de la órbita exclusiva de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como obra de un tercero. En este caso es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol..." LÓPEZ, Claudia "Introducción a la imputación objetiva", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 149 y 150.

Enrique Gil Botero

Olga Mélida Valle de De la Hoz

Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Presidente de la Sala