

DERECHO A TENER UNA FAMILIA - Derecho fundamental de los niños / DERECHO DE LOS NIÑOS - A no ser separado de su núcleo familiar

Conforme al artículo 44 superior, los niños tienen derecho a tener una familia y no ser separados de ella, de manera que, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y protegerle para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Consagra también el texto superior en dicho artículo que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS / LEY 12 DE 1991 - ARTICULO 9 / CODIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA - ARTICULO 22

NOTA DE RELATORIA: Respecto de la especial protección constitucional de los niños, ver sentencia T-421 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis de la Corte Constitucional.

TRASLADO DE INTERNOS DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO - Límites a la discrecionalidad del Director General del INPEC / TRASLADO DE RECLUSOS - Director General del INPEC debe ponderar las circunstancias particulares y familiares del preso

Es evidente que la discrecionalidad del Director General del INPEC marca la regla general para el traslado del interno padre de la menor tutelante; sin embargo, como ya se expresó, esa discrecionalidad no es absoluta, y si bien el tema del hacinamiento en los centros carcelarios de Bogotá es un hecho ampliamente conocido, es evidente que previamente a disponer el movimiento de un preso de un sitio a otro, deben considerarse sus circunstancias particulares y familiares ante todo si existen menores de edad y hechos como el presente, con una situación atípica para la menor, pues ambos padres se encuentran privados de la libertad. En efecto, la situación de la menor es especial, pues su abuela, encargada de su cuidado, manifiesta bajo la gravedad de juramento que no tiene los medios económicos para desplazarse con ella al Departamento de Casanare para que pueda visitar a su padre en el centro de reclusión, lo que demuestra que la menor se encuentra imposibilitada para ver a su padre a quien podía visitar en Bogotá, donde reside, pero con su traslado se le priva de que pueda visitarlo.

FUENTE FORMAL: LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 73 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 74 / LEY 65 DE 1993 - ARTICULO 75 / LEY 1709 DE 2014 - ARTICULO 53

NOTA DE RELATORIA: Sobre el traslado de reclusos de un centro carcelario a otro, consultar las sentencias T-435 de 2009, M.P. Jorge Pretelt Chaljub y T-566 de 2007.

VISITAS VIRTUALES - Ausencia de prueba de su implementación / VISITAS VIRTUALES - Medida insuficiente para afianzar vínculo afectivo entre menor de cinco años y su padre

El INPEC no demostró en el plenario la efectividad o siquiera la implementación del sistema de visitas virtuales a favor del señor Rojas García. Este sin duda es un elemento tecnológico valioso introducido para garantizar el contacto del reo con sus parientes, pero considera la Sala que en este caso se hace insuficiente no sólo por la falta de prueba de su idóneo funcionamiento, sino porque se trata de una niña de cinco años, que necesita del cariño directo de sus padres del que ya fue privada sin duda alguna por la comisión de la conducta delictual de estos,

empero, no permitirle una visita directa, sin duda empeoraría el escenario ya de por sí tan gravoso.

DERECHO DE LOS NIÑOS A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADA DE ELLA - Procedencia del amparo

La Sala confirmará la decisión de primera instancia que concedió el amparo de los derechos de la menor, cuyos derechos agencia su abuela, y ordenó al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo, adelantar las gestiones pertinentes para el traslado del señor... a un establecimiento carcelario en la ciudad de Bogotá.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION A

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá, D.C., primero (1) de abril de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00073-01(AC)

Actor: DORA STELLA GARCIA -AGENTE OFICIOSA DE HELEN DAYANA ROJAS HEREDIA-

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

Resuelve la Sala la impugnación interpuesta por la entidad accionada contra la sentencia del 30 de enero de 2014, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección “B” que concedió el amparo de tutela solicitado por la señora Dora Stella Gómez en calidad de agente oficiosa de la menor Helen Dayana Rojas García.

ESCRITO DE TUTELA

La señora Dora Stella García Gómez, obrando como agente oficiosa de su nieta Helen Dayana Rojas Heredia de seis años de edad, y en representación de su hijo Jonathan Enrique Rojas García, padre de la menor, solicita el amparo de los derechos de los niños y a tener una familia y no ser separada de ella que estima vulnerados por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Manifiesta que su nieta menor no se encuentra en condiciones para promover la defensa de sus derechos en vista de que tanto su padre como su madre se

encuentran privados de la libertad, esta última en el Buen Pastor de Bogotá, patio cuatro, desde el 4 de agosto de 2010. Por su parte, su hijo fue condenado por los delitos de hurto y tráfico de estupefacientes, recluso primero, en la Cárcel Modelo de Bogotá y, posteriormente, trasladado a la Cárcel Paz de Aripuro de Casanare.

La menor se encuentra bajo su cuidado y residen en la ciudad de Bogotá. Señala que efectúa los esfuerzos necesarios para suplir sus necesidades materiales, sin embargo, su cariño y amor de abuela no alcanzan para evitar la inestabilidad psicológica, emocional y social por la ausencia de su progenitor.

Aduce que la menor está en incapacidad de efectuar visitas a su padre en los días permitidos por el INPEC por falta de medios económicos para el desplazamiento, y si bien su ausencia obedece a la comisión de las conductas delictuales, imponen visitas virtuales que no se compadecen con la necesidad de la menor y se traducen en un perjuicio irremediable, pues el traslado de su padre al Departamento del Casanare se debió a una decisión discrecional y no a un hecho relevante. Asimismo, se vulnera el derecho de su hijo Jonathan a la unidad familiar, al no poder ver a su hija personalmente sino a través de medios virtuales, lo que priva a la menor de sus besos y abrazos.

Solicita que sean tenidas en cuenta para la decisión de tutela las sentencias T-900 de 2006, T-309 de 2012 y la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 19.

Pretende que se ordene al INPEC el traslado de su hijo Jonathan a un centro carcelario de la Ciudad de Bogotá como la Picota de alta seguridad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección “A” mediante sentencia del 30 de enero de 2014, concedió el amparo de los derechos solicitados por la señora Dora Stella García Gómez, como agente oficiosa de la menor Helen Dayana Rojas García, en consecuencia, ordenó al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC que en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la providencia, adelantara las gestiones pertinentes para el traslado del señor Jonathan Enrique Rojas García a un establecimiento carcelario ubicado en la ciudad de Bogotá.

En primer término, consideró que la señora Dora Stella García Gómez está legitimada para agenciar los derechos de su nieta menor de edad Helen Dayana,

en vista de que sus progenitores se encuentran privados de la libertad. Igualmente, indicó que no estaba demostrada la alegada temeridad en la actuación de tutela, pues los datos del proceso aportados por la entidad accionada no concordaban con ninguno del sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial.

Precisó que la decisión de la entidad de trasladar al padre de la peticionaria tuvo el objeto de mitigar la situación hacinamiento que aqueja la población carcelaria de todo el país, por tanto no puede considerarse arbitraria, sin embargo, si es poco razonable al no tener en cuenta las circunstancias particulares de su caso ni estimó las consecuencias que de ello devendrían a los derechos fundamentales de la menor y su derecho preferente a la unidad familiar.

IMPUGNACIÓN

La entidad accionada impugna la decisión de primera instancia. Sostiene que la decisión del juez constitucional viola el principio de prevalencia del interés general, toda vez que para salvaguardar los derechos fundamentales de los niños, la unidad familiar y de petición de la menor HDRH y del privado de la libertad Jonathan Enrique Rojas García se aboca a la población reclusa de Bogotá al empeoramiento de sus derechos fundamentales.

Agrega que la decisión de traslado no constituyó un trato desproporcionado o desigual según los lineamientos de la Corte Constitucional, y el juez de tutela desconoce la facultad discrecional del Director del INPEC para trasladar a la población reclusa condenada entre los establecimientos de que trata el artículo 20 de la Ley 65 de 1993. Explica que la Ley 1709 de 2014 que modificó la citada Ley 65, enlista cinco causales de procedencia de traslado, siendo las únicas establecidas por el legislador.

Indica que el Complejo de Bogotá “La Picota” presenta hacinamiento del 66 %, contrario al ERON de Paz de Ariporo que tiene disponibilidad de cupos para albergar población reclusa. Finalmente reitera el procedimiento de visitas virtuales delimitado por la Dirección General que se encuentra en práctica a nivel nacional. Solicita que se revoque en su integridad el fallo de tutela en vista de la inexistencia de vulneración de derechos fundamental alguno por parte de la entidad.

Para resolver, se

CONSIDERA

Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la determinación del INPEC de trasladar al recluso Jonathan Enrique Rojas García de un centro carcelario de Bogotá a uno en el Departamento del Casanare, trasgrede el derecho fundamental de su hija menor de edad a tener una familia y a no ser separada de ella, teniendo en cuenta que esta vive en la ciudad de Bogotá, está al cuidado de su abuela, ya que su madre también se encuentra recluida en el centro el Buen Pastor de Bogotá.

Conforme al artículo 44 superior, los niños tienen derecho a tener una familia y no ser separados de ella, de manera que esta, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y protegerle para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Consagra también el texto superior en dicho artículo que cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores y que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Ha indicado la Corte Constitucional que *“Los derechos fundamentales de los niños a partir de la Constitución Política de 1991, y dentro del marco del Estado Social de Derecho, han gozado de una protección constitucional especial¹, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta ese tipo de población infantil, de forma tal que mediante esa protección especial se pretende garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, dando así cumplimiento al principio legal del interés superior.”¹.*

La Convención sobre Derechos del Niño de las Naciones Unidas², da alcance al derecho de los niños a no ser separados de su núcleo familiar, donde la única excepción al mismo es la que se origine en el interior superior del menor, al respecto ha indicado la Corte Constitucional:

*“Uno de tales tratados, aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991 y ratificado el 27 de febrero del mismo año, es la **Convención sobre los Derechos del Niño**, que se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En su artículo 9º establece: “Los Estados Partes velarán porque 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 interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en*

¹ Corte Constitucional Sentencia T-421 de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis

¹ Sentencia T-566 de 2007.

² Incorporada a derecho interno a través de la Ley 12 de 1991.

los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño". (Subraya la Corte)³.

Por su parte el Código de Infancia y Adolescencia en su artículo 22, señala que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella, circunstancia que solo ocurrirá *"cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación."*

Ahora, atendiendo la normativa que rige el asunto relativo a los traslados de reos, Ley 65 de 1993, artículos 73 a 75, modificada por la Ley 1709 de 2014, dispone es una atribución del Director del INPEC la disposición del traslado de los internos condenados de un establecimiento a otro, por decisión propia motivada o a solicitud que le sea formulada⁴ por el director del establecimiento, el funcionario de conocimiento o el interno⁵.

Asimismo, el artículo 75 de la Ley 65 (modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014) señala como causales para el traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal, las siguientes:

- “1. Cuando así lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial.
2. Falta de elementos adecuados para el tratamiento médico.
3. Motivos de orden interno del establecimiento.
4. Estímulo de buena conducta con la aprobación del Consejo de Disciplina.
5. Necesidad de descongestión del establecimiento.
6. Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad.”

Establecido el marco normativo que rige el presente asunto, se trae a colación la siguiente línea jurisprudencial de la Corte Constitucional a este respecto:

“(...) la Corte Constitucional en sentencia T-435 de 2009⁶ determinó que la orden de traslado del INPEC se encuentra dentro del ámbito del ejercicio discrecional de la institución. Al respecto manifestó:

“... el traslado de reclusos es una facultad discrecional del INPEC como encargado de la administración carcelaria. Sin embargo, en el Estado Social de Derecho no existen facultades absolutamente discrecionales y existe una clara diferenciación con la arbitrariedad. Así, aunque la misma no está sujeta a una reglamentación detallada y le es posible a la Administración, escoger

³ Sentencia T- 290 de 1993. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴ Artículo 73 de la Ley 65 de 1993.

⁵ Artículo 74 Ibídem.

⁶ M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

entre varias opciones posibles, el ejercicio de las facultades discrecionales debe ser utilizado para los buenos fines del servicio.”

“En la misma sentencia, ordenó el traslado de un recluso a un establecimiento penitenciario del Departamento de Antioquia, cercano al lugar de residencia de su familia, con el fin de permitirle el contacto permanente con su hija menor de edad y con su núcleo familiar. En ella expresó:

“...Cabe señalar que los establecimientos carcelarios deben posibilitar que el interno mantenga contacto permanente con su grupo familiar, más aun si dentro del mismo existen hijos menores de edad, todo ello en procura de preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños. Por estos motivos deben propiciarse las condiciones necesarias para que los internos, dentro de las limitaciones propias de su situación, respondan por sus hijos y cuenten con el apoyo de su familia, en pro de su rehabilitación, y de esta manera alcanzar una reincorporación menos traumática a la vida extramuros.

“Es así, como respecto a estas situaciones la Corte ha resaltado que las autoridades carcelarias tienen el deber de evitar a los detenidos y a sus familias sufrimientos innecesarios y daños irreparables, más aún cuando las medidas afectan a los niños. ...”

Ahora, la Corte en sentencia T-566 de 2007, resolvió un caso de similares proporciones al presente, donde se protegieron los derechos de una menor, agenciados por su abuela, en vista de que sus progenitores se encontraban ambos privados de la libertad en la misma ciudad, y uno de ellos fue trasladado a otra ciudad para superar las condiciones de hacinamiento, debían tenerse en cuenta las condiciones especiales de la menor quien solo contaba con cuatro años de edad, de manera que a pesar de que el Instituto Nacional Penitenciario tuvo una razón ajustada a derecho para realizar el traslado, debió estudiar previamente las condiciones personales y familiares que rodeaban a la interna, a efectos de no causar un sufrimiento adicional al que ya se había visto sometida, tanto ella como su núcleo familiar, especialmente la menor, quien goza de un derecho prevalente.

En el caso concreto se extrae del plenario que la menor Helen Dayana tiene domicilio en Bogotá y se encuentra bajo el cuidado de su abuela, Dora Stella García Gómez, madre de su progenitor, Jonathan Enrique Rojas García, recluso en primer término en la ciudad de Bogotá y posteriormente, trasladado a la Cárcel Paz de Aripuro de Casanare, por el delito de hurto y tráfico de estupefacientes; asimismo, se reseña que la madre de la menor, Leidy Nayibe Heredia Córdoba, se encuentra reclusa en la Cárcel El Buen Pastor de Bogotá, situaciones que corrobora la entidad demandada en el escrito de contestación.

Asimismo, el INPEC manifiesta que no es posible el traslado del señor Rojas García a la ciudad de Bogotá por cuenta del hacinamiento que presenta la cárcel

La Picota (del 66 %), que el actor no ha solicitado su traslado y que no se ve interrumpida la comunicación de este con su hija menor por razón de las visitas virtuales que se realizan con el cumplimiento de unos requisitos por parte del interno.

En ese evento, es evidente que la discrecionalidad del Director General del INPEC marca la regla general para el traslado del interno padre de la menor tutelante; sin embargo, como ya se expresó, esa discrecionalidad no es absoluta, y si bien el tema del hacinamiento en los centros carcelarios de Bogotá es un hecho ampliamente conocido, es evidente que previamente a disponer el movimiento de un preso de un sitio a otro, deben considerarse sus circunstancias particulares y familiares ante todo si existen menores de edad y hechos como el presente, con una situación atípica para la menor Helen Dayana, pues ambos padres se encuentran privados de la libertad.

En efecto, la situación de la menor es especial, pues su abuela, encargada de su cuidado, manifiesta bajo la gravedad de juramento que no tiene los medios económicos para desplazarse con ella al Departamento de Casanare para que pueda visitar a su padre en el centro de reclusión, lo que demuestra que la menor se encuentra imposibilitada para ver a su padre a quien podía visitar en Bogotá, donde reside, pero con su traslado se le priva de que pueda visitarlo.

Debe indicarse que el INPEC no demostró en el plenario la efectividad o siquiera la implementación del sistema de visitas virtuales a favor del señor Rojas García. Este sin duda es un elemento tecnológico valioso introducido para garantizar el contacto del reo con sus parientes, pero considera la Sala que en este caso se hace insuficiente no sólo por la falta de prueba de su idóneo funcionamiento, sino porque se trata de una niña de cinco años, que necesita del cariño directo de sus padres del que ya fue privada sin duda alguna por la comisión de la conducta delictual de estos, empero, no permitirle una visita directa, sin duda empeoraría el escenario ya de por sí tan gravoso.

Con base en todo lo expuesto la Sala considera que aunque no se observa una solicitud del interno para su traslado a esta ciudad ni la negativa expresa de la entidad en ese sentido, ella se puede establecer de las alegaciones del INPEC en los escritos de contestación e impugnación allegados.

Por consiguiente, es menester la intervención del juez de tutela para conjurar la amenaza de los derechos fundamentales de la menor Helen Dayana García Heredia de cinco años de edad, sujeto de protección especial constitucional quien

indudablemente se encuentra en una situación especial que amerita medidas para evitar que las condiciones que de suyo le son desfavorables para un normal desarrollo (por las medidas intramurales a que fueron sometidos por decisión judicial sus padres) influyan aún más de manera negativa en su desarrollo que el Estado, las autoridades y la sociedad deben garantizar.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que concedió el amparo de los derechos de la menor Helen Dayana rojas García, cuyos derechos agencia su abuela, Dora Stella García Gómez, y ordenó al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación del fallo, adelantar las gestiones pertinentes para el traslado del señor Jonathan Enrique Rojas García a un establecimiento carcelario en la ciudad de Bogotá.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas.

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

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO