



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., doce (12) de abril de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 23001-23-33-000-2017-00429-01

Actor: EUSEBIO ARTURO MARTÍNEZ HERNÁNDEZ

Demandado: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC

Asunto: Acción de Tutela – Fallo de segunda instancia

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por la parte actora contra el fallo del 27 de septiembre de 2017, por el cual el Tribunal Administrativo de Córdoba negó el amparo de tutela solicitado.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud de amparo

Mediante escrito radicado el 12 de septiembre de 2017¹, en el Tribunal Administrativo de Córdoba, el señor Eusebio Arturo Martínez Hernández, quien actúa como agente oficioso de los menores Fernando José Guerra Romero y Harat José Guerra Arias, con fundamento en el artículo 44 de la Constitución Política, ejerció acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, con el fin de obtener el amparo de los derechos fundamentales *“a la unidad familiar, a tener una familia y no ser separados de ella y a vivir dignamente”*.

Las anteriores prerrogativas las estimó transgredidas con ocasión del traslado del interno señor José Carlos Guerra Montalvo de la Cárcel EPMSC Montería a la EPAMSCAS Valledupar, sin tener en cuenta las condiciones sociofamiliares del interno.

¹ Folio portada sin numerar.



A título de amparo, el accionante solicitó la protección de los derechos fundamentales invocados *"...y se ordene al director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a la JUNTA DE TRASLADOS REGIONAL NORTE, trasladar al interno JOSÉ CARLOS GUERRA MONTALVO de la EPAMSCAS VALLEDUPAR, a la EPSMC MONTERÍA, a la mayor brevedad posible"*².

Fundamentó la solicitud de amparo en que *"...el acto administrativo mediante el cual se ordena el traslado de la EPMSC MONTERÍA, a la EPAMSCAS VALLEDUPAR, es la resolución No. 300-000206, de fecha 15 de septiembre de 2014, que solo hace referencia que en la sesión llevada a cabo el día 08 de agosto de 2014, se resolvió ordenar unos traslados, pero no informan al interno cual es la motivación de dicho traslado, quien lo solicitó y se puede observar no se tuvo en cuenta el arraigo del señor JOSÉ CARLOS GUERRA MONTALVO, y la situación de los menores hijos y su núcleo familiar, como tampoco se tuvo en cuenta el numeral 3 del artículo 9 de la Convención de Derechos del Niño que reza: '3. Los Estados partes respetarán el derecho de 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'"*.

Precisó que la Corte Constitucional ha reiterado que los traslados de internos a otros centros carcelarios, es una potestad discrecional del INPEC, pero esta discrecionalidad no puede ser arbitraria y desproporcionada y *"...si se observa que el acto administrativo que ordena dicho traslado vulnera derechos fundamentales del recluso y sus menores hijos, puede el juez de tutela ampararlos y ello no significa invadir competencia de otra autoridad"*.

Resaltó que con el traslado del interno se ha causado un daño irreparable a los menores en la medida en que quedaron sin la ayuda económica y sin el contacto personal, afectivo, físico y emocional de su padre.

Indicó que aunque el medio idóneo para atacar los actos administrativos es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como lo establece el CPACA, en este caso no sería el medio eficaz para amparar los derechos fundamentales de los menores, *"...porque primero se requiere agotar la conciliación como requisito de procedibilidad y normalmente esta acción se resuelve en 2 o más años y segundo las personas a cargo de los menores no cuentan con los recursos*

² Folio 4 del expediente.



económicos para contratar a un profesional del derecho que trámite la demanda y la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido en que eventos la acción de tutela, como mecanismo transitorio es el medio eficaz de manera excepcional contra los actos administrativos arbitrarios, desproporcionados y sin motivación”.

Adujo que su condición de agente oficioso, se fundamenta en el inciso segundo del artículo 44 de la Constitución Política.

2. Hechos probados y/o admitidos

La Sala precisa que los siguientes supuestos fácticos relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia, son afirmaciones que no cuentan con respaldo probatorio alguno:

- Mediante Resolución No. 300-000206 del 15 de septiembre de 2014³, se resolvió previa disponibilidad presupuestal trasladar a algunos internos de la EPMSC Montería a diferentes centros penitenciarios, entre los cuales se encontraba el señor José Carlos Guerra Montalvo, a quien dispusieron enviarlo a la EPAMSCAS Valledupar.
- No obstante lo anterior, hasta el 10 de agosto de 2017⁴, se llevó a cabo el traslado del señor Guerra Montalvo del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Montería la EPMSC Montería al Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Valledupar.
- El núcleo familiar del interno está conformado por su compañera permanente Yeimy Patricia Romero Mercado, su hijo Fernando José, quienes viven en la ciudad de Montería, y su otro hijo Harat José en el municipio de Cereté.
- Si bien los hijos del interno, residen en lugares diferentes, toda vez que el menor Fernando José está bajo la custodia de su madre, y el otro menor Harat José está bajo el cuidado de su tía paterna, el actor manifiesta que las personas que los custodian están desempleadas y además son madres cabeza de hogar, dedicadas

³ Folios 16 a 18 del expediente.

⁴ Revisado el expediente no se encontró información que permita verificar que en esa fecha se dio el traslado del señor José Carlos Guerra Montalvo, por tanto solo se trata de una afirmación del actor sin respaldo probatorio alguno.



a ejercer algunas actividades de comercio informal y trabajo por días, lo que lleva a que sus condiciones económicas no sean las mejores.

- Según el actor el recluso contribuía a la satisfacción de las necesidades de sus menores hijos, desde su lugar de reclusión en la ciudad de Montería, en cuanto fabricaba artesanías y calzado que su compañera permanente y hermana comercializaban para obtener algún ingreso.

3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. Admisión de la demanda

Por auto del 13 de septiembre de 2017⁵, el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Córdoba, admitió la demanda presentada por el señor Eusebio Arturo Martínez Hernández, quien actúa como agente oficioso de los menores Fernando José Guerra Romero y Harat José Guerra Arias y ordenó notificar al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, concediéndoles el término de tres (3) días para que rindiera el informe correspondiente.

3.2. Contestación por parte de la entidad accionada

3.2.1. La Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC, en escrito radicado el 18 de septiembre de 2017⁶, solicitó negar el amparo de tutela, en cuanto *“...no se advierte conducta alguna que pueda colegir la vulneración o puesta en peligro de los derechos fundamentales del señor José Carlos Guerra Montalvo”*.

Precisó que la petición de la parte actora de trasladar al interno del EPAMSCAS Valledupar al EPMSC Montería, se encuentra enmarcada dentro de las causales de improcedencia de traslados contenida en el artículo 9 de la Resolución No. 001203 del 16 de abril de 2012 expedida por la Dirección General del INPEC, esto es *“...por hacinamiento del Establecimiento de Reclusión al cual se solicita traslado del interno, conforme con el reporte que presenta la Subdirección de*

⁵ Folio 20 del expediente.

⁶ Folios 24 a 26 del expediente.



Cuerpo de Custodia a través del Parte Nacional Numérico Contada de Internos”.

Sostuvo que verificado el Parte Nacional Numérico Contada de Internos, se evidenció que el EPMSC Montería presentaba un alto índice de hacinamiento (111.9%), impidiendo el ingreso de nuevos internos en ese lugar, mientras que actualmente el EPAMSCAS de Valledupar tiene disponibilidad de cupos para albergar población reclusa, aspecto que mejora considerablemente las condiciones y calidad de vida como privado de la libertad del señor Guerra Montalvo.

Afirmó que el juez de tutela no está facultado para ordenar el traslado de los privados de la libertad de un establecimiento carcelario a otro.

3.2.2. Por su parte, el Coordinador del Grupo de Tutelas del INPEC, con escrito del 19 de septiembre de 2017⁷, indicó que la entidad no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados.

Manifestó que la imposición de la pena de prisión, por su naturaleza implica una separación entre el afectado y su núcleo familiar, tal *“...distanciamiento no solo es consecuencia misma de la restricción de derechos al operar la privación de la libertad, sino que además la reclusión de personas privadas de la libertad por parte del INPEC sería absolutamente ingobernable si como exigencia los debiera mantener en lugar donde en determinado momento resida su núcleo familiar, y trasladarlos de Reclusorio cuando su familia también lo hiciera, lo cual además debería hacerse con todos y cada uno de los internos para así garantizar el mandato de igualdad, lo que verdaderamente carece de razón, por ello, acertadamente el legislador no incluyó dentro de las causales de traslado de penitenciaria el acercamiento familiar por cuanto de hacerlo la situación carcelaria sería verdaderamente inmanejable”.*

Indicó que verificado el aplicativo misional SISIPPEC WB, se estableció que el interno Guerra Montalvo *“...ingresó al Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Valledupar – Cesar, condenado a la pena principal de 33 años, 4 meses a órdenes del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Montería – Córdoba, en fase de tratamiento de Alta Seguridad. Su traslado para el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad ‘Las Mercedes’ de Montería – Córdoba no es posible por su elevado hacinamiento que actualmente es de 111.9%, respetuosamente se indica a su*

⁷ Folios 27 a 31 del expediente.



señoría que por el Alto perfil del interno requiere ciertas medidas de seguridad, las cuales no se podrán brindar en el Establecimiento de Montería – Córdoba, por su hacinamiento”.

3.3. El fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Córdoba, en sentencia del 27 de septiembre de 2017⁸, negó el amparo de tutela presentado por el señor Eusebio Arturo Martínez Hernández, en calidad de agente oficioso de los menores Fernando José Guerra Romero y Harat José Guerra Arias, hijos del interno José Carlos Guerra Montalvo, al concluir que:

“...para esta Corporación no existe duda alguna que dicho traslado se encuentra claramente motivado y desprovisto de arbitrariedad, dado que ello obedece a razones de altos índices de hacinamiento en el EPMSC de Montería, con lo que se pretende que sean salvaguardados sus derechos, puesto que lo que se propone con el cambio de establecimiento carcelario es brindar unas condiciones de reclusión más justas y adaptadas a la pena privativa impuesta, toda vez que mientras el EPMSC de Montería, sitio al cual se pide que sea trasladado el interno, padece de altos niveles de hacinamiento, el EPAMSCAS de Valledupar en el que actualmente se encuentra, cuenta con cupos disponibles para albergar población reclusa en condiciones dignas, de conformidad con la información suministrada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, lo que constituye un motivo insalvable para reconocer que le asiste razón a la entidad demandada al momento de ordenar el traslado del interno.

(...)no se encuentra prueba alguna frente a la imposibilidad que recae sobre las personas que tienen a cargo a los hijos del recluso, para obtener lo necesario para satisfacer necesidades básicas, y que de manera inminente requiera la cercanía con el señor José Carlos Guerra Montalvo quien está privado de la libertad; debiendo resaltarse que si bien figuran en el plenario declaración extra juicio que da cuenta de la dependencia económica, en los hechos de la demanda, también se narra que las señoras que tienen a cargo a los menores, realizan actividades económicas y en todo caso se insiste, no se avizoran situaciones especiales bien fuera limitaciones físicas o mentales, que les impida realizar alguna labor”.

3.4. Impugnación presentada por la parte actora

La parte actora, con escrito del 7 de diciembre de 2017⁹, impugnó¹⁰ la decisión de primera instancia para que se revocara y, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la tutela.

⁸ Folios 36 a 40 del expediente.

⁹ Folios 45 y 46 del expediente.



Manifestó que la decisión del fallador de tutela, no tuvo en cuenta que la acción constitucional se presentó como mecanismo transitorio para evitar el daño irreparable que se está causando a los derechos fundamentales a la unidad familiar, a tener una familia y no ser separado de ella y a vivir dignamente de los menores Fernando José Guerra Romero y Harat José Guerra Arias.

Afirmó que *“...la Sala de decisión se aparta ostensiblemente de la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, que en sentencia T-153 de 2017 manifestó que las decisiones adoptadas por la Dirección General del INPEC, en materia de traslados, excepcionalmente serán de conocimiento de los jueces de tutela y en sede de revisión por la Corte, en los siguientes eventos: ‘Cuando se constata la vulneración de los derechos fundamentales del interno. Cuando se evidencia que la actuación desplegada por el INPEC, se realizó al margen del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes’. Es decir se puede observar que no se tuvo en cuenta el interés superior de los menores”*.

Sostuvo que el argumento del hacinamiento existente en EPMSC de Montería, tampoco tiene en cuenta el interés superior de los menores debido a que en el Departamento de Córdoba se encuentra habilitado otro establecimiento carcelario PSMSC URRRA, que cumple las mismas funciones y finalidades para el cumplimiento de la pena y perfectamente se puede ordenar el traslado del interno José Carlos Guerra Montalvo allí.

3.5. Tramite en la segunda instancia

Encontrándose el expediente para resolver impugnación presentada por la parte actora, mediante auto del 23 de febrero de 2018¹¹, se consideró necesario garantizar la debida integración del contradictorio del trámite judicial de la referencia, dado que al momento de la admisión de la demanda, no se dispuso la vinculación del interno señor José Carlos Guerra Montalvo recluso en la EPAMSCAS Valledupar; y de las señoras Yeimy Patricia Romero Mercado, madre del menor Fernando José Guerra Romero y la tía paterna quien tiene el cuidado del menor Harat José Guerra

¹⁰ El fallo del 27 de septiembre de 2017, fue notificado a la parte actora por correo electrónico el 2 de octubre de 2017, y la impugnación se presentó el 4 de octubre de 2017, es decir en término, folios 44 a 46 anverso del expediente.

¹¹ Folios 58 y 59 del expediente.



Arias, o de las personas que tengan a su cargo la custodia de estos menores, toda vez que ostentan la calidad de terceros con interés.

Con fundamento en lo anterior, se dispuso que la Secretaría General pusiera en conocimiento del interno señor José Carlos Guerra Montalvo, la nulidad saneable que se presenta en el proceso de la referencia para que, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación: (a) alegara la nulidad si a bien lo tiene; (b) se pronunciara sobre la solicitud de amparo sin alegar la nulidad o, (c) guardara silencio. En estos dos últimos eventos, aquella se entenderá saneada y de las madres o de las personas a cuyo cargo está la custodia de los menores José Fernando Guerra Romero y Harat José Guerra Arias, y adicionalmente que éstas ratifiquen la actuación del agente oficio.

Realizadas las notificaciones¹², el señor José Carlos Guerra Montalvo, recluso en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Valledupar, mediante escrito del 8 de marzo de 2018¹³, manifestó que *“...convierto al señor Eusebio Arturo Hernández (sic) como agente oficioso de mis dos hijos menores Fernando José Guerra Romero, Harat José Guerra Arias para efecto de impugnación de la tutela.// No siendo otro el asunto quedo en una pronta y satisfactoria respuesta de acuerdo a la sentencia T-1160-2001”*.

Las señoras Yeimy Patricia Romero Mercado¹⁴, madre del menor Fernando José Guerra Romero y Sujey Edith Guerra Montalvo¹⁵, tía y encargada del cuidado y custodia del menor Harat José Guerra Arias, manifestaron su consentimiento al señor Eusebio Arturo Martínez Hernández, para que actuara como agente oficio de los menores y ratificaron los hechos relacionados en la tutela.

De esta manera, se adelantaron las gestiones pertinentes para procurar la vinculación de todos los interesados en la resolución de la acción de tutela objeto de estudio.

¹² Folios 60^a 70 del expediente.

¹³ El escrito del recluso José Carlos Guerra Montalvo, fue allegado por el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, en memorial visible a folio 80 del expediente.

¹⁴ Folio 77 del expediente.

¹⁵ Folio 76 del expediente.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de la impugnación presentada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

Corresponde determinar si se confirma, modifica o revoca el fallo del 27 de septiembre de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, el cual negó la solicitud de amparo interpuesta por la parte actora. Así, el problema jurídico a resolver es:

¿El actor cumple los requisitos previstos para que opere la figura de la agencia oficiosa?

En caso afirmativo, ¿El INPEC vulneró los derechos fundamentales *“a la unidad familiar, a tener una familia y no ser separados de ella y a vivir dignamente”*, de los menores representados por el agente oficioso, con el traslado de su padre, el interno señor José Carlos Guerra Montalvo de la Cárcel EPMSC Montería a la EPAMSCAS Valledupar?

3. Razones Jurídicas de la decisión

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los siguientes temas: **(i)** las generalidades de la acción de tutela; **(ii)** la agencia oficiosa en la acción de tutela; y, **(iii)** análisis del caso concreto.

3.1. Generalidades de la acción de tutela

Según el artículo 86 de la Constitución Política, toda persona puede ejercer la acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales siempre que sean violados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los precisos casos que indica el Decreto 2591 de 1991.



Constituyen rasgos distintivos de esta acción: la inmediatez y la subsidiariedad. El primero apunta al amparo efectivo, concreto y actual del derecho fundamental que se dice vulnerado o amenazado.

El segundo, condiciona el ejercicio de esta acción a la inexistencia de otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz para evitar la lesión del derecho fundamental.

3.2. La agencia oficiosa en la acción de tutela. Legitimación en la causa por activa.

La tutela es una acción cuyo derecho de postulación se encuentra radicado en la persona a quien le vulneran o amenazan derechos fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública o, excepcionalmente, de un particular, en los casos que señala la ley.

Según el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada, quien actuará por sí misma o a través de representante; también podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. El inciso segundo de esta disposición establece la viabilidad de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁶ ha determinado que para intervenir como agente oficioso en la acción de tutela se requiere, en primer lugar, la manifestación expresa o que se infiera claramente que se actúa como agente oficioso de otra persona y, en segundo lugar, que el agenciado esté en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional¹⁷.

Frente a la procedencia de la agencia oficiosa a favor de menores de edad la Corte Constitucional, ha señalado:

¹⁶ T-531/02 (julio 4), M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁷ T-1012/99 (diciembre 10), M. P. Alfredo Beltrán Sierra.



“En aquellos [casos] en que se busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, la agencia oficiosa sólo será procedente cuando sus padres o, en ausencia de ellos, sus representantes legales, primeros llamados a su protección, estén imposibilitados física o mentalmente para representarlos o cuando, pudiendo hacerlo, no acudan en su defensa. Esta subregla se deriva, por una parte, del reconocimiento que como derecho fundamental le otorga la Constitución a la honra, a la dignidad y a la intimidad de la familia (CP arts. 15 y 42), aunado al rol que se prevé para dicha institución como motor para la protección, amparo y desarrollo de sus integrantes (CP arts. 5, 42 y 44). Y, por la otra, responde a la lógica misma del Decreto 2591 de 1991, en donde la legitimación por activa de la acción de tutela, se sujeta a la actuación del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, directamente o a través de sus representantes, y sólo en aquellos casos en que ello no resulte posible, habilita el actuar del agente oficioso, tal como ya se explicó. Incluso, el artículo 44 del Texto Superior, sujeta la obligación de asistir y proteger al niño, por virtud del cual cualquier persona ‘puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores’, a un orden lógico de actuación, esto es, en primer lugar, la familia; y en segundo término, la sociedad y el Estado”¹⁸.

La Corte Constitucional¹⁹, también ha precisado que:

“...para agenciar derechos de menores de edad no se aplica el rigorismo procesal consistente en imponer al agente oficioso el deber de manifestar que el afectado en su derecho fundamental no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, por cuanto ello es obvio tratándose de los niños. Por consiguiente, en torno a la protección de sus derechos fundamentales, el artículo 44 de la Carta consagra objetivamente la necesidad de defensa, sin que interese realmente una especial calificación del sujeto que la promueve.

A este respecto, la jurisprudencia es diáfana en considerar que “cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, v.gr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”²⁰.

¹⁸ Sentencia T-732 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁹ Sentencia T- T-541A/14, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

²⁰ Cfr. T-462 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver además T-439 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.



Así, en el caso concreto en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales de los menores de edad y en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia de éstos, la Sala procederá a abordar el estudio de fondo.

3.3. Análisis del caso concreto

En el *sub judice*, se advierte que los cuestionamientos de la parte actora, buscan proteger los derechos fundamentales “a la unidad familiar, a tener una familia y no ser separados de ella y a vivir dignamente” de los menores hijos del interno señor José Carlos Guerra Montalvo, quien fue trasladado de la Cárcel EPMSC Montería a la EPAMSCAS Valledupar, sin tener en cuenta las condiciones sociofamiliares de éste.

Considera el tutelante que con el traslado del interno se ha causado un daño irreparable a los menores en la medida en que quedaron sin la ayuda económica y sin el contacto personal, afectivo, físico y emocional de su padre.

De conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política, el Estado, la familia y la sociedad están en la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos; por tanto, los asuntos que afecten a un menor deben ser analizados en concreto, sin desconocer la existencia de derechos prevalentes que confluyen en beneficio de todos los niños y que deben ser protegidos armónicamente por la familia y el Estado.

Respecto al derecho de todo niño a tener una familia, la Corte Constitucional²¹ ha dicho:

“La familia, como se sabe, desempeña, por lo general, un papel fundamental en el desarrollo y protección de los menores. Son los nexos familiares los primeros que se construyen y a partir de los mismos se apropian niñas y niños del lenguaje, construyen su propio mundo y comienzan a relacionarse con el mundo que los rodea. Gran parte de la autoestima de los menores y de la seguridad en sí mismos depende de la forma como se tejan los vínculos familiares. Un niño rodeado del amor y del bienestar que le pueda brindar su familia suele ser un niño abierto a los demás y solidario. De ahí la necesidad de procurar un ambiente propicio para que los vínculos familiares se

²¹ Sentencia T-1275 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto



construyan con fundamento en condiciones positivas para el desarrollo integral de las niñas y de los niños y de ahí también la importancia que le confiere la Constitución a la protección de la familia²².

De acuerdo a lo expuesto, se advierte que el legislador y la jurisprudencia han señalado precisos mecanismos de protección, orientados a garantizar la existencia, unidad y desarrollo de la familia, institución básica y núcleo de la sociedad, donde se consolidan los derechos fundamentales de sus integrantes, en particular de niños y adolescentes.

Sin embargo, no siempre tal naturaleza constituye una razón suficiente para que se deba conceder el amparo solicitado, pues los derechos de los menores no pueden convertirse en una razón insuperable que en todos los casos prevalezca sobre cualquier otra consideración, máxime en los eventos en que exista una actuación legítima determinada, que en tal medida pueda considerarse suficiente para afectar de manera justificada tales derechos.

Ahora, frente a los derechos fundamentales de los reclusos que son suspendidos o restringidos desde su detención o condena, éstos deben ser respetados y protegidos por las autoridades que tienen a cargo su custodia.

El derecho a la libertad física se encuentra severamente limitado y los derechos de intimidad personal y familiar, libertad de expresión, reunión, entre otros, se ven parcialmente restringidos como consecuencia de la privación de la libertad; y otros como la vida, la integridad personal, la salud, la dignidad, etc., se mantienen intactos y no pueden ser afectados en modo alguno por el hecho de la prisión.

Al respecto la Corte Constitucional²³, ha establecido:

“Las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación²⁴ de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial²⁵ (controles disciplinarios²⁶ y administrativos²⁷ especiales y

²² En este punto el fallo se refirió a la sentencia C-660 de junio 8 de 2000 (M. P. Álvaro Tafur Galvis).

²³ Sentencia T-1190 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

²⁴ En este punto la sentencia citó los fallos T-065 de febrero 22 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) y T-705 de diciembre 9 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

²⁵ En este punto la sentencia citó el fallo T-422 de 1992 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).



posibilidad de limitar²⁸ el ejercicio de derechos, incluso los fundamentales). (iii) Este régimen especial, en todo lo relacionado con el ejercicio de la potestad disciplinaria y la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado²⁹ por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad³⁰ del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales³¹ (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser³² especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar³³ de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)."

De lo anterior, se colige que las personas privadas de la libertad tienen una garantía limitada a sus derechos familiares, razón por la que en el sistema penitenciario y carcelario debe procurarse en lo posible que el recluso mantenga contacto con su grupo familiar.

En relación con los traslados a los reclusos, conviene señalar que el INPEC tiene facultad discrecional para ello, de conformidad con lo previsto en los artículos 73 y siguientes de la Ley 65 de 1993³⁴, que señalan que es a esta autoridad a la que le corresponde determinar la ubicación y el traslado de los condenados a penas privativas de la libertad a los diferentes centros carcelarios del país, por decisión autónoma o por solicitud de los directores de los establecimientos respectivos, los funcionarios judiciales de conocimiento o los mismos internos.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha indicado que en los casos en que debido al traslado de los reclusos a otros centros

²⁶ En este punto la sentencia citó el fallo T-596 de diciembre 10 de 1992 (M. P. Ciro Angarita Barón).

²⁷ En este punto la sentencia citó el fallo T-065 de 1995 ya citada

²⁸ En este punto la sentencia citó los fallos T-222 de 1993, T-065 de 1995, T-705 de 1996 y T-269 de 2002.

²⁹ En este punto la sentencia citó los fallos C-318 de julio 19 de 1995 (M. P. Alejandro Martínez Caballero) y T-705 de 1996 ya citada.

³⁰ En este punto la sentencia citó los fallos T-705 de 1996 precitada. y T-714 de diciembre 16 de junio 19 de 1996 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

³¹ En este punto la sentencia citó el fallo T-596 de 1992 ya citada y en la T-687 de agosto 8 de 2003 (M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

³² En este punto la sentencia citó el fallo T-966 de julio 31 de 2000 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

³³ En este punto la sentencia citó los fallos T-522 de 1992, T-714 de 1995 y T-435 de 1997.

³⁴ Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario.



penitenciarios se vean grave y desproporcionadamente afectados los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la tutela se torna excepcionalmente procedente para ordenar al INPEC que autorice los traslados de reclusos a la cárcel más cercana al domicilio de sus familias.

En el caso concreto, no se tiene información de los menores, ni se aportó prueba alguna que indique cuál es su situación, pues solo se cuenta con las afirmaciones contenidas en el escrito de tutela en las que manifiesta que *"...los menores Fernando José y Harat José, tienen 17 y 12 años de edad, es decir se encuentran en plena adolescencia, que es una de las etapas más placenteras y difíciles de todo ser humano. Cuando su padre estaba recluso en la EPMSC de Montería, los menores y su compañera permanente lo visitaban periódicamente y ese contacto personal entre ellos es fundamental, porque el papá los aconsejaba, brindaba apoyo físico y emocional para que no cayeran en el error de él y por el contrario sean hombres de bien que le sirvan a la sociedad; es decir a pesar de sus limitaciones de interno cumplía un papel importante en la formación de sus hijos mientras estaba recluso (...) el arraigo familiar del interno José Carlos Guerra Montalvo, está demostrado y se puede acreditar con cuatro declaraciones extraproceso debidamente autenticadas que se anexan"*.

Revisadas las declaraciones extraproceso, éstas dan cuenta que los menores son hijos de interno, que está privado de la libertad y les proporciona ayuda económica, además de la declaración de la señora Yeimy Patricia Romero, madre del menor Fernando José quien afirma que dependen económicamente del recluso.

Por otra parte, tanto el recluso, como las personas encargadas del cuidado y custodia de los menores, al ser vinculadas al proceso, únicamente manifestaron que consentían en que el señor Eusebio Arturo Martínez Hernández actuara como agente oficio de los jóvenes, pero nada dijeron sobre el daño irreparable causado a los menores con el traslado de centro carcelario del interno José Carlos Guerra Montero, ni aportaron alguna prueba que permita establecer que quedaron automáticamente sin la ayuda económica del padre.

En este orden, no hay material probatorio en el expediente que permita por lo menos inferir de qué manera se encuentran afectados los menores, ni puede establecerse su situación económica, pues según los mismos hechos narrados, las personas



responsables de los hijos del interno, realizan actividades de comercio informal.

Al respecto, en la sentencia T-153 de 2017, la Corte Constitucional, revisó un caso semejante en el que precisó que es necesario verificar la situación de vulnerabilidad del menor, al precisar que *"...61. En el caso particular, al analizar la Sala la tensión existente entre el derecho fundamental del menor de edad a tener una familia y a no ser separado de ella, y la facultad discrecional del INPEC, la misma no encontró prueba alguna que demostrara que el menor de edad "A" se encontrara en una situación de abandono y/o vulnerabilidad que amenazara sus derechos o pusiera en riesgo su desarrollo integral, por lo cual, decidió negar el amparo solicitado"*.

Adicionalmente se tiene que la decisión del INPEC de trasladar al interno no obedece al capricho o la arbitrariedad del instituto, sino al hacinamiento del establecimiento penitenciario de mediana seguridad "Las Mercedes" de Montería, que actualmente es del 111.9%.

En consecuencia, la Sala encuentra razones suficientes para confirmar el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante el cual se negó la tutela.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de septiembre de 2017, por la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba negó la solicitud de amparo, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la



ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO ONATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

