

Sentencia T-002/18

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Entre quienes se encuentran en centro de reclusión y cuentan con pareja con detención domiciliaria

VISITA CONYUGAL-Expresión implica regresividad en la progresión de los derechos

La denominación “visita conyugal”, sin embargo, implica una regresividad en la progresión de los derechos, en tanto la utilización de tal expresión, de acuerdo con la misma exégesis de su composición, denota la relación jurídica que prima entre los partícipes de tal unión, entendiendo, claro está, que allí se ubican, aparte de los que han contraído matrimonio, los compañeros permanentes, y que por tanto, excluye a cualquier otro tipo de vínculo entre dos sujetos de derecho, que podrán incluso ser del mismo sexo, o que pueden no estar atados por un documento que demuestre la relación existente entre los dos.

VISITA INTIMA-Expresión resulta ser mucho más incluyente que la de visita conyugal

La expresión visita íntima resulta ser una frase mucho más incluyente que la de visita conyugal, en tanto no supedita la realización del encuentro del detenido con su pareja a que esta deba demostrar que es su cónyuge por estar unidos en matrimonio, o su compañero (a) permanente por haber tenido una relación estable por determinado tiempo como se exige por parte de la ley para que pueda declararse tal hecho, sino que allí caben todas las otras posibilidades existentes en torno a la forma en la que desee relacionarse el interno en su esfera privada. Ello va en línea con una lectura actualizada y en clave de derechos humanos de una norma que regula un aspecto de trascendental importancia en la vida del privado de la libertad, en tanto tiene derecho a disfrutar de una visita íntima con la persona que eligió para relacionarse afectiva y sexualmente.

VISITA INTIMA-Término para hacer referencia al encuentro consentido y solicitado por parte de un privado de la libertad con la persona de su elección

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Persona natural que actúa a través de apoderado en defensa de sus propios intereses

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Juez debe verificar si ante la existencia de otro medio de defensa judicial, éste es eficaz e idóneo

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional

De acuerdo con lo expuesto por la Corte, el ejercicio de la acción de tutela no es procedente para controvertir decisiones judiciales proferidas dentro de un proceso que ha cumplido con las diversas etapas prescritas por la ley y, dentro del cual, se han agotado los recursos respectivos, que han llevado a una decisión final sobre el asunto en discusión. También se ha establecido por esta Corporación que en dichos eventos, el amparo por vía constitucional es de carácter excepcional, es decir, que solo procede en aquellas circunstancias en que se evidencia una grave actuación de hecho por parte de los jueces ordinarios. Ello, en razón del respeto al principio de la cosa juzgada y de preservar la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado, así como el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de cada juez.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

CARACTERIZACION DEL DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO RITUAL MANIFIESTO-Reiteración de jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos; ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto; iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal; y, iv) porque dicha actuación deviene en el desconocimiento de derechos fundamentales.

Se ha indicado que el defecto material o sustantivo se presenta cuando existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión o, cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto o en normas inexistentes o

inconstitucionales.

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

Conforme a la jurisprudencia, se presenta esta causal cuando el juez expide una providencia que desconoce la Constitución al no aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, o al dar aplicación preferente a las normas legales sobre la norma superior. Asimismo, la Corte ha sostenido que para que se configure este defecto basta con evidenciar “decisiones ilegítimas que vulneren derechos fundamentales”.

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA-Efectividad

El derecho a acceder a la justicia implica, para ser real y efectivo, al menos tres obligaciones, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso; (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho; y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Clasificación en tres grupos: derechos suspendidos, derechos intocables y derechos restringidos o limitados

La jurisprudencia de la Corte ha mantenido una línea decisoria que clasifica los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en tres grupos: “(i) aquellos derechos suspendidos como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Dentro de este grupo encontramos derechos como la libre locomoción, y los derechos políticos como el derecho al voto; (ii) los derechos intocables conformados por los derechos fundamentales de la

persona privada de la libertad que se encuentran intactos, pues aquellos derivan directamente de la dignidad del ser humano, son ejemplo de éstos: los derechos a la vida y el derecho al debido proceso, y por último, (iii) se encuentran los derechos restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado y tienen sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Encontramos limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, al trabajo y a la educación. Respecto de los derechos fundamentales de los reclusos que admiten restricción, es importante tener en cuenta que su limitación es constitucionalmente válida en la medida en que se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”.

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECION ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO-Respeto por la dignidad humana de personas privadas de la libertad

RELACIONES DE ESPECIAL SUJECION ENTRE LOS INTERNOS Y EL ESTADO-Elementos característicos

DERECHOS DEL INTERNO-Límites razonables y proporcionales

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Visita íntima como derecho fundamental

DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Visita íntima en el ámbito internacional

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

VISITA INTIMA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Solo debe ser sometida a restricciones bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Jurisprudencia constitucional

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Alcance

El derecho a la visita íntima se encuentra ligado a garantías fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, a la unidad familiar, a la vida privada y a la sexualidad, que ha de respetarse, porque a pesar de que es un derecho restringido o limitado debido a la condición de privación de la libertad de la persona, esa restricción solo debe ser proporcional, razonable y necesaria y, por tanto, justificada. Asimismo, no puede descartarse la fundamentalidad de tal derecho porque de él emanan otras garantías de esa estirpe, y la conexión que tiene con la finalidad de la privación de la libertad, permite asegurar que es uno de los ámbitos de desarrollo que debe procurarse a los reclusos, debiendo el Estado, por la obligación que tiene de garantizar un control efectivo sobre la manera en que se desarrolla la vida en una prisión, asegurarse de que no se impongan barreras que impidan su ejecución.

FACULTAD DISCRECIONAL DE LAS AUTORIDADES ENCARGADAS DE TRASLADAR A LOS INTERNOS PARA LA VISITA INTIMA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Autoridad encargada de la autorización para la visita íntima de personas con medida de aseguramiento intramural y domiciliaria

DERECHOS SEXUALES DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD Y DE SUS PAREJAS-Vulneración cuando la visita íntima no cuenta con privacidad, seguridad, higiene, espacio, mobiliario, acceso a agua potable, uso de preservativos e instalaciones sanitarias

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Condiciones para el ejercicio de la visita íntima son garantía para el detenido y no pueden constituirse en un obstáculo o restricción para negar el derecho

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Reglas de procedimiento para garantizar la visita íntima entre quien está cobijado por detención domiciliaria y quien está recluso en un centro penitenciario

Estima la Corte que cuando se trata de visita íntima entre quien se halla en detención domiciliaria y una persona en centro de reclusión, y teniendo en consideración el estado de cosas que aún permanece en las cárceles colombianas, por criterio de analogía, el INPEC puede hacer uso de disposición contenida en el parágrafo del artículo 24 de la ley 1709,

poniendo en conocimiento del juez respectivo la posibilidad de que la persona se traslade por sus propios medios al centro de reclusión correspondiente para la realización del encuentro íntimo, lo que debe hacer ante tal funcionario para que se analice tal posibilidad y se garantice quizá de forma más efectiva el derecho. Es decir, será el mismo INPEC, en cabeza del Director del Establecimiento de Reclusión o de la persona designada para el efecto, quien informe al Juez que la persona en detención domiciliaria podrá trasladarse por sus propios medios al establecimiento de reclusión donde habrá de practicarse la visita íntima y que igualmente asumirá sus costos. Es decir, será la persona que se encuentra con medida de aseguramiento en su residencia, la que podrá trasladarse al lugar donde se halle privada de la libertad su pareja, para la realización del encuentro, asumiendo ella misma el costo que genera el desplazamiento. Ello lo pondrá en conocimiento del juez, para que este decida si acepta tal proposición, eso sí, manifestando la razón de ello, esto es, la inexistencia de vehículos o la carencia de guardia para asegurar el traslado, o cualquiera otra razón, a efectos de que el juez analice la conveniencia de esa medida de cara a las pruebas que se le aporten sobre tales hechos, porque es el funcionario judicial el que emite la autorización, pero el INPEC el que es obligado a la materialización de esa decisión, y por tanto, el encargado de registrar la fecha en la que la persona se desplazará al centro de reclusión respectivo para la visita y el tiempo en que debe estar nuevamente en su residencia. Es que por tratarse de personas que aún no han sido objeto de condena y que requieren de la autorización judicial para su desplazamiento, resulta posible que a efectos de que el derecho a la visita íntima no se dilate en el tiempo y no se desfigure por las barreras administrativas que puedan imponerse, se le permita trasladarse por sus propios medios al centro carcelario respectivo a quien se halla en detención domiciliaria, así como lo hace a diligencias judiciales, pero esta vez para la realización del encuentro con su pareja. Debe dejarse en claro que ello no significa que la persona en detención domiciliaria pueda desplazarse en cualquier fecha y a su antojo al lugar donde se halla quien le recibiría, sino que lo haga en el día indicado para la misma, y de acuerdo a la regulación que tenga cada establecimiento carcelario, pues existe dentro del INPEC un cronograma de las fechas en que estas deben llevarse a cabo, es decir, no están sujetas al arbitrio de la persona reclusa o de quien va a asistir al encuentro, sino al propio INPEC, que en últimas está representado por el establecimiento donde se encuentra reclusa la persona a la que se visitará. Eso sí, deberá mediar autorización judicial para el efecto, en donde el INPEC determine fecha y hora en que el domiciliario podrá movilizarse, teniendo como requisito

previo que la cita haya sido asignada, y dejando en todo caso constancia dentro de la hoja de vida respectiva y haciendo las advertencias correspondientes para quien se halla sujeto a la medida de detención en su residencia, pues si el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1709 autoriza su salida por sus propios medios para diligencias judiciales, es porque tal norma también ha pasado por el control propio de ese tipo de disposiciones. La detención domiciliaria se otorga bajo unos presupuestos que son analizados con rigurosidad por el juez de control de garantías, en audiencia pública en la que existe participación de las partes y se confía en que su beneficiario no va a defraudar la confianza depositada; de esa manera ha de responsabilizarse de su traslado y del cumplimiento estricto de los horarios que se concedan, pues al otorgarse el beneficio se ha establecido también que la persona, por el momento, no requiere de tratamiento intramural y que su permanencia en su residencia asegura los fines de esa especial medida de aseguramiento. Como sea, el mismo INPEC debe garantizar las condiciones básicas para asegurar que no se pierda el control de la persona en detención domiciliaria y que retorne efectivamente a detención, lo que podrá hacer a través del medio más idóneo que encuentre tal Instituto y siempre con una previa evaluación particular de la persona detenida, que habrá de justificar ante el juez correspondiente. Es decir, se contará con autorización judicial para el desplazamiento, estando a cargo del INPEC, del propio interno, de su apoderado o de la parte que lo solicite, la carga de argumentar la petición de salida sin necesidad de guardia o de restricciones, que debe ser entonces analizada por el funcionario judicial de cara al contenido del derecho fundamental a la visita íntima y a las restricciones administrativas, presupuestales, de guardia o vehiculares, o de otra índole, que pueden impedir el correcto desarrollo de una prerrogativa defendida desde la Carta Política.

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Intervención del juez de tutela

El juez de tutela únicamente puede revisar las decisiones sobre traslado de reclusos para efectos de la visita íntima cuando estas fueren arbitrarias y, de este modo, vulneren sus derechos fundamentales, así como cuando se cuenta con la autorización judicial y esta no se cumple por situaciones atribuibles al establecimiento de reclusión, o cuando existe una omisión administrativa injustificada o una arbitrariedad en la motivación de la autorización.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, material o sustantivo y violación directa de la Constitución en proceso donde se solicita autorización de visita íntima de personas privadas de la libertad

Advierte la Sala que como se analizó en el acápite de la subsidiariedad, el exceso ritual manifiesto que imperó en la sustanciación del trámite de la visita íntima, violentó las garantías de la pareja a tener un encuentro íntimo sin dilaciones, porque las trabas que se presentaron para su autorización y la decisión de la juez de garantías fundamentada en criterios ajenos a la norma que regula el tema, pusieron de manifiesto el desconocimiento de un derecho fundamental ligado al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, y a la unidad familiar. En este sentido, aparte del exceso ritual manifiesto esbozado, la negativa de la autorización de visita íntima por parte de la Juez Tercero de Garantías de Florencia adolece de dos defectos más. En principio, el material o sustantivo, en tanto realizó una interpretación inconstitucional de la norma relativa a los requisitos para obtener el permiso del artículo 30 del Acuerdo 0011 de 1995, ya que exigió la elaboración de un informe o estudio de condiciones que tal dispositivo no prevé. Pero también incurrió en el defecto de violación directa de la Constitución, referido en el inicio de las consideraciones, pues el artículo 84 de la Carta señala que cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio, lo cual ocurrió en este evento, pues la funcionaria requirió para la resolución de un asunto que abordó cinco meses después de que le correspondiera por reparto, unas exigencias que no las contiene la norma que regula el derecho de los internos, haciendo procedente la tutela.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO-Visita íntima se llevó a cabo

DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD-Orden a Establecimientos Penitenciarios crear protocolo o reglamentación para trámites de visita íntima, que contemple la diferenciación cuando se da entre personas condenadas, personas sujetas a medida de aseguramiento intramural y personas en detención domiciliaria

Referencia: Expediente T-6349636

Acción de tutela instaurada por María Susana Portela Lozada contra los Juzgados Tercero

Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito de Florencia, Caquetá, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Modelo de Bogotá y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Florencia.

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de enero de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia, el veintiuno (21) de marzo de dos mil diecisiete (2017), y confirmado el primero (1º) de junio de dos mil diecisiete (2017) por la Sala Única de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en la acción de tutela promovida por María Susana Portela Lozada a través de apoderado judicial, contra los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito de Florencia, el Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Modelo de Bogotá (en adelante EPC La Modelo) y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Florencia llamado El Cunday (en adelante EPMSC El Cunday).

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 8 de marzo de 2017, a través de apoderado, la señora María Susana Portela Lozada, hallándose en detención domiciliaria con ocasión de un proceso penal que se le adelanta, presentó acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Florencia, Caquetá.

Manifestó en el escrito que, en su condición de persona en detención domiciliaria y casada hace veintitrés años[1] con el señor Diego Luis Rojas Navarrete, detenido intramuralmente en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, con el que tiene dos hijos, el 21 de junio de 2016 radicó petición ante el Director del Establecimiento de El Cunday en Florencia, solicitando autorización para efectuar visita íntima, a su vez que su esposo diligenció la misma solicitud en el formato exigido por el INPEC[2].

Indicó que el 23 de septiembre de 2016, el Director del EPMSC El Cunday pidió autorización al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia, autoridad por cuenta de la que se hallan detenidos en un proceso por cohecho por dar u ofrecer[3], para que la señora María Susana pudiera ser trasladada desde su domicilio en Florencia hasta la Cárcel La Modelo en Bogotá, pero éste consideró que no era competente, remitiendo la solicitud a un juez de control de garantías.

Narró que del asunto conoció el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Florencia, que en audiencia del 8 de febrero de 2017 negó lo pretendido, porque consideró que no podía autorizarla sin contar primero con un estudio de las condiciones de higiene y seguridad para realizarla, decisión contra la que el abogado propuso recurso de reposición, confirmándose la inicial posición y sin que se le permitiera apelar de lo resuelto, pues no se le dio traslado para su proposición.

Al estimarse violentados los derechos a la visita conyugal, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la unidad familiar, solicitó la concesión del amparo, y que como consecuencia de ello, se deje sin efectos el auto del 8 de febrero, se ordene al Juez Tercero Penal Municipal que autorice la visita íntima y al Establecimiento de El Cunday que realice todas las gestiones pertinentes para hacer efectivo el encuentro de los cónyuges.

2. Trámite procesal

Mediante auto del 9 de marzo de 2017, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia admitió la demanda de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de esa ciudad, ordenó la vinculación del Juzgado Tercero Penal del Circuito de allí mismo, del Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Modelo en Bogotá y del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Florencia, y corrió el traslado respectivo[4].

3. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

3.1 Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Florencia[5]

A través de oficio J3PM 496 del 14 de marzo de 2017, el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Florencia, informó que el 8 de febrero de 2017 llevó a cabo audiencia de solicitud de visita conyugal dentro del proceso 18001 6000878 2014 00044 por el delito de concierto para delinquir y otros en contra de María Susana Portela Lozada.

Indicó que en esa diligencia resolvió negar la solicitud porque, “el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en primer lugar, debe realizar un estudio de viabilidad, pertinencia, seguridad y oportunidad, para que una vez realizado ese informe sea presentado ante el Juez de control de garantía y esté decida sobre la viabilidad oportunidad y conveniencia de acceder a la solicitud de visita conyugal, ya que es el INPEC el encargado de realizar el traslado de uno de ellos al lugar de su cónyuge”[6]. Agregó que en la audiencia se le concedió la palabra al apoderado de la imputada para que interpusiera los recursos de ley, presentando solo el de reposición y confirmándose lo resuelto.

Sobre la apreciación en la demanda de que el abogado pretendía que una vez decidido el recurso de reposición se procediera nuevamente a correr traslado para que interpusiera el de apelación, expuso que, “debe tenerse en cuenta que los términos son preclusivos, una vez otorgada la palabra para que presentara los mismos debió hacerlo en debida forma, y no pretender que en este momento por vía de tutela se le conceda su petición”.

Solicitó que se niegue el amparo, toda vez que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que no debe suplir las instancias de la jurisdicción ordinaria, pues en su momento se le otorgó la oportunidad al accionante para que interpusiera los recursos de ley y no lo hizo. Remitió copia del acta y del audio de la audiencia en un folio y un cd[7].

3.2 Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia[8]

A través de Oficio del 15 de marzo de 2017, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia inicialmente aclaró varios puntos.

Indicó que tuvo conocimiento de que a la accionante se le reconoció la calidad de madre

cabeza de familia por parte de un juez de control de garantías de Bogotá; que tanto la actora como su esposo están cobijados con una medida de aseguramiento de detención preventiva, que en principio para la demandante fue en centro de reclusión en Bogotá y tiempo después se le revocó por la del lugar de su residencia en la ciudad de Florencia; y que el proceso penal se encuentra surtiendo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial.

Sobre lo que es objeto de debate, refirió que el 23 de septiembre de 2016 se radicó en esa oficina petición de autorización para visita conyugal, pero el Despacho no podía pronunciarse frente a dicha solicitud porque cuando se concedió el recurso de apelación ante el Tribunal Superior perdió competencia para resolver solicitudes al interior del proceso, ya que se suspenden todos los términos conforme a lo previsto en el artículo 177 inciso 2º de la Ley 906 de 2004.

Por tal razón se ordenó remitir la petición al Centro de Servicios Judiciales de los juzgados penales municipales para que un juez con funciones de control de garantías se pronunciara, correspondiendo su conocimiento al Juzgado Tercero Penal Municipal, que negó la solicitud, sin que le conste lo acaecido en tal diligencia.

Frente a la pretensión de la demanda, indicó que no se observa una flagrante vulneración de derechos fundamentales, ya que la aspiración de la accionante consiste en la orden que ha de impartirse a un juez con función de control de garantías, cuya decisión se encuentra ejecutoriada, de modo que no se pueden revivir etapas procesales superadas de acuerdo al esquema procesal actual. De esta manera, pidió que se niegue el amparo propuesto.

3.3 Pese a ser notificados, ni el EPC La Modelo de Bogotá ni el EPMSC El Cunday, dieron respuesta al requerimiento del Juzgado.

4. Decisión de primera instancia[9]

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Florencia dictó sentencia el 21 de marzo de 2017.

Sobre ese particular indicó que el 23 de septiembre de 2016, el Director del Establecimiento Penitenciario de Florencia solicitó al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad autorización para realización de visita conyugal, que la remitió por competencia

a los juzgados de garantías, correspondiendo su conocimiento al Tercero de esa especialidad, que en audiencia del 8 de febrero de 2017 negó tal autorización.

Reseñó que frente a esa negativa, el abogado solo interpuso el recurso de reposición, por lo que se confirmó lo resuelto, sin que fuera procedente correrle nuevamente traslado para que propusiera el de apelación, precluyendo su oportunidad para ello.

Señaló que la nota característica de la acción de tutela es ser un mecanismo de carácter supletivo, que no puede convertirse en una instancia adicional o alternativa a las establecidas en la vía ordinaria y menos puede ser entendida por quienes recurren a ella como una herramienta judicial para corregir sus yerros o para revivir términos ya fenecidos como resultado de su incuria procesal. Por tanto, si la parte afectada no ejerce las acciones ni utiliza los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, el mecanismo de amparo constitucional no tiene la capacidad de descorrer los términos ya vencidos ni se convierte en un remedio de solución paralelo a las instancias previstas en cada jurisdicción.

Refirió que como el actor tuvo a su disposición un medio ordinario, que se estimaba efectivo e idóneo para la protección de los derechos involucrados, pero que fue inaplicado por razones imputables al mismo, debe optarse por declarar la improcedencia de la acción, de modo que, “no resulta procedente verificar la posible configuración de un defecto material y, en consecuencia, se procederá a negar el amparo solicitado”.

5. Impugnación[10]

El apoderado de la accionante con escrito del 31 de marzo de 2017 impugnó la decisión que se le notificó el 28 de ese mes. Señaló que en ningún momento la tutela se dirigió a atacar una providencia judicial sino una omisión de cumplimiento de un deber legal, consistente en autorizar el permiso para realizar una visita conyugal, recalcando que la acción de tutela bien pudo haberse interpuesto mucho antes de fijarse fecha para audiencia, por la excesiva demora en satisfacer un deber legal y un derecho fundamental, pero fue opción de la señora Portela Lozada y de él como profesional, esperar a que el sistema judicial diera trámite a la petición.

Expresó que frente al silencio de la ley, bien pudo haberse decidido el tema por auto

escrito y en un tiempo prudencial, y en tal sentido se pudo acudir desde el año 2016 a una acción de tutela para que se autorizara la visita conyugal.

Indicó que se suponía por su poderdante y él mismo que algo tan elemental e irreducible para una persona que está privada de la libertad, como lo es su derecho a la visita íntima, no tendría demora y mucho menos que iba a ser negada, sin que entonces se discuta la negativa en cumplir un deber y satisfacer un derecho fundamental, sino su omisión.

En cuanto a los recursos propuestos, manifestó que es claro que el Juzgado al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la decisión en la que se negó la solicitud de visita íntima, no corrió el respectivo traslado para que la parte actora manifestara si interponía o no el recurso de apelación, dando por terminada la audiencia de manera abrupta y sin darse la oportunidad para recurrir en alzada.

Finalmente señaló que se está frente a la solicitud de amparo de un derecho fundamental, donde las formas han de darle paso al derecho material o sustancial, evidenciándose que para el caso importó más el formalismo que la abierta vulneración del derecho fundamental, presentándose un exceso ritual manifiesto.

6. Decisión de segunda instancia[11]

El asunto fue remitido en Auto del 18 de abril de 2017 al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Florencia. Su conocimiento le correspondió a la Sala Única de esa Corporación, que luego de aceptar el impedimento de uno de los magistrados[12], en providencia del 1º de junio de 2017 confirmó la posición del juez de primer grado.

En las consideraciones, el Tribunal empezó por recordar la finalidad de la acción de tutela y sus características de residualidad y subsidiariedad. Enseguida manifestó que el eje medular de la controversia gira en torno a si en el caso propuesto se cumplían los presupuestos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, específicamente frente a la determinación adoptada por el Despacho accionado de negar la autorización para la realización de la visita conyugal a favor de la accionante, pues se solicita dejar sin efectos el auto del 8 de febrero de 2017.

Luego citó de manera extensa una decisión de esta Corporación sobre la procedencia

excepcional de la tutela contra providencias judiciales[13], para concluir que si bien en el evento estudiado se cumplen algunos de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, como la evidente relevancia constitucional por la importancia de los derechos en juego y la inmediatez en la interposición de la acción, no se agotaron todos los medios ordinarios de defensa judicial a su alcance.

Lo anterior, debido a que una vez notificada la decisión que generó la inconformidad, frente a la posibilidad de recurrirla mediante los recursos ordinarios que la juez claramente señaló como procedentes en la audiencia del 8 de febrero de 2017, solo se optó por interponer el recurso de reposición, olvidando que es luego de notificada la providencia la única oportunidad procesal diseñada para manifestar todos los medios de impugnación a considerar por el a quo.

Resaltó que era viable interponer el recurso de apelación en subsidio del de reposición o directamente el de apelación, lo que no aconteció, pues la defensa solo se inclinó por el de reposición. Por tanto, se descarta la presunta vulneración al debido proceso de la accionante, pues la posibilidad de impugnar por la vía de la apelación la decisión del Juzgado Tercero Penal Municipal de Florencia, le fue legalmente otorgada al solicitante y no la ejerció.

Agregó que tampoco se evidencia la configuración de alguna de las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela en este tipo de eventos y por ende no hay lugar a revocar la sentencia objeto de impugnación, impartándose la respectiva confirmación.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, en auto del 26 de septiembre de 2017, se dispuso la revisión de este asunto, en el que se decretó la práctica de pruebas.

7.1 Solicitud probatoria

En vista de que para una correcta definición del caso se requería de información que se ajustara a la realidad, teniendo en consideración la fecha de presentación de la petición y el arribo del expediente a la Corte, en auto del 20 de octubre de 2017 se decretaron pruebas tendientes a conocer la situación real por la que atraviesa la pareja de privados de la libertad en lo atinente a su proceso penal y a su situación personal.

En esas condiciones, se solicitó al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia, que certificara si los señores María Susana Portela Lozada y Diego Luis Rojas Navarrete, aún se encuentran privados de su libertad, así como la suerte del proceso por cohecho por dar u ofrecer adelantado en su contra, esto es, si ya figuran como condenados y si la sentencia se encuentra ejecutoriada.

En lo relacionado con su privación de la libertad, se solicitó al Director del EPMSC El Cunduy, informara la condición jurídica actual de la señora Portela Lozada, esto es, si ya fue condenada, si se encuentra aún en detención domiciliaria, y si se había autorizado alguna visita íntima con el señor Rojas Navarrete. También se pidió su cartilla biográfica.

En lo que atañe al compañero de la interna, se solicitó al Director del EPC La Modelo, informara la condición jurídica actual del señor Diego Luis, esto es, si ya fue condenado, si se encuentra aún privado de la libertad, y si se había autorizado alguna visita íntima con la señora María Susana, solicitándose igualmente su cartilla biográfica.

7.2 Respuestas y pruebas allegadas en Sede de Revisión

7.2.1 El Juzgado Penal del Circuito de Florencia, en oficio 7055 del 31 de octubre de 2017, indicó que el proceso seguido contra los esposos por prevaricato, cohecho, concierto para delinquir y otros, dentro del radicado 18001 6008781 2014 00044 se encuentra surtiendo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de esa ciudad, contra la decisión que aprobó el preacuerdo.

Señaló que la actora se encuentra con medida de detención domiciliaria en su residencia en el Conjunto Residencial Entreríos en la ciudad de Florencia, y que su esposo, que se encontraba en la cárcel La Modelo de Bogotá, ahora se halla recluido en el Establecimiento Carcelario El Cunduy de Florencia, “(...) información suministrada por miembros del INPEC de esta ciudad, desconociendo las razones que originaron su traslado y quien lo solicitó”[14].

7.2.2 El Establecimiento Penitenciario de Florencia, en oficio 143-EPMSC-FLO-AJUR-3669 del 1º de noviembre de 2017, manifestó que al revisar la hoja de vida de la actora, estableció que se encuentra en detención domiciliaria en Florencia, sindicada de cohecho por dar u ofrecer y falsedad ideológica en documento público, a cargo del Juzgado 37 Penal

Municipal de Bogotá, en el proceso 2014-00062.

Añadió que mediante Resolución Nro. 0685 del 10 de agosto de 2017, la Dirección del EPMSC de Florencia, autorizó la visita conyugal entre los privados de la libertad María Susana y Diego Luis[15].

Anexó al oficio, copia de la Resolución 0685[16] y cartilla biográfica de la interna[17], donde además se establece que la detención domiciliaria fue otorgada a la actora el 18 de mayo de 2016.

7.2.3 El Director del EPC La Modelo en Oficio 114-ECBOG-OJ-No. 16493 del 12 de enero de 2018[18], remitió la información que reportaba el aplicativo SISIPEC Web sobre el señor Diego Luis Rojas Navarrete.

8. Pruebas documentales obrantes en el expediente

Dentro del trámite de tutela se aportaron las siguientes pruebas documentales:

8.1 Petición elaborada por María Susana Portela Lozada ante el Director del EPMSC de Florencia solicitando la visita conyugal[19].

8.2 Registro Civil de Matrimonio entre María Susana Portela Lozada y Diego Luis Rojas Navarrete el 6 de enero de 1995[20].

8.3 Formato de entrevista para solicitud de visita íntima por parte Diego Luis Rojas Navarrete del 8 de julio de 2016[21].

8.4 Fotocopias de las cédulas de ciudadanía de la actora y su esposo[22].

8.5 Oficio 143-EPCFLO-AJUR-2908 del 23 de septiembre de 2016 suscrito por el Director del Establecimiento Penitenciario de Florencia, dirigido al Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, solicitando autorización para el traslado de la interna domiciliaria a la visita conyugal con su esposo[23].

8.6 Poder conferido por María Susana Portela Lozada al abogado Milton Hernán Sánchez López para que la represente en el trámite de tutela[24].

8.7 Al expediente se agregó un (1) cd con la demanda de tutela[25] y un (1) cd con el audio de la audiencia del 8 de febrero de 2017 ante el Juzgado Tercero con Función de Control de Garantías de Florencia[26].

8.8. Oficio 7055 del 31 de octubre de 2017 emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia, que informó que el expediente del proceso penal se encuentra en apelación del preacuerdo en la Sala Única del Tribunal Superior de esa ciudad; que la actora se halla aún en detención domiciliaria en su residencia; y que su cónyuge fue trasladado para el EPMSC El Cunday[27].

8.9 Resolución 0685 del 10 de agosto de 2017 proferida por el Director del EPMSC El Cunday, con la que se autoriza que la señora Portela Lozada efectúe visita íntima con el señor Rojas Navarrete al interior de la cárcel de Florencia[28].

8.10 Cartilla biográfica de María Susana Portela Lozada, donde consta que fue capturada el 30 de julio de 2015, que se le otorgó la prisión domiciliaria el 18 de mayo de 2016, que se ordenó su traslado a la Cárcel de Florencia con resolución del 23 de mayo de 2016, que allí fue recibida el 31 de mayo de 2016 y que comenzó a disfrutar del beneficio el 23 de junio de 2016[29].

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto Ley 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y metodología por utilizar

Corresponde a la Sala establecer si el trámite que se le dio a la petición que realizó la señora María Susana Portela Lozada, en su condición de detenida en su domicilio, ante la Dirección de la Reclusión de Florencia para que se le autorizara visita conyugal con su esposo, detenido en la Cárcel La Modelo de Bogotá, vulneró sus garantías fundamentales a la visita íntima en conexidad con el libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, y a la unidad familiar, contenidos en los artículos 16[30], 15[31] y

42[32] de la Constitución Política, cuando la autoridad carcelaria envió tal solicitud ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito y cuando un juez de control de garantías al que le correspondió por reparto la petición ante la remisión que hiciera el de Conocimiento por competencia, negó su realización con fundamento en criterios de higiene, seguridad, orden, disciplina, conveniencia, viabilidad y oportunidad ocho meses después de invocada.

Como la demanda se dirige contra la decisión de la Juez de Control de Garantías que negó la autorización, la Sala deberá resolver si la tutela presentada cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y con al menos uno de los específicos, y si tal decisión vulnera las garantías fundamentales de la actora.

Para resolver tal cuestión, la Sala procederá en primer lugar a verificar si la tutela es procedente teniendo en consideración que los jueces de instancia no accedieron a las pretensiones del apoderado de la accionante por no agotarse el requisito de subsidiariedad, y si ello es así, entrará al estudio de fondo del asunto, haciendo alusión a la visita íntima como eje central de la petición y a la autoridad competente para su trámite, así como a las particularidades del caso, que pueden llevar a otros temas a considerar. Sin embargo, antes de ello, deberá la Sala realizar una precisión en torno a la expresión “visita conyugal” que fue usada por el representante de la actora, que se ha empleado sin hacer ninguna distinción en las decisiones que se citarán y que también utilizaron los intervinientes procesales dentro de este asunto.

3. La expresión visita conyugal

Un rastreo por la jurisprudencia de esta Corte y por la forma en que ha sido tratada la visita íntima, incluso en los mismos establecimientos de reclusión comprometidos y en todos los textos legales, deja en evidencia que aún hoy en día se le sigue dando el nombre de “visita conyugal”, al derecho que tiene un interno al encuentro con su pareja en la intimidad, se halle ésta en libertad o también detenida.

Como se explicará detalladamente más adelante, ese encuentro de la pareja está contemplado en el Código Penitenciario y Carcelario, que en su artículo 112 dispuso que esa visita sería regulada por el reglamento general que se expidiera, según principios de higiene, seguridad y moral.

El INPEC, según lo ordenó tal Código, reguló tal encuentro y dispuso en el artículo 30 de la norma que profirió (Acuerdo 0011 de 1995[33]), que tal visita quedaba condicionada a la verificación, por parte del director del respectivo establecimiento carcelario, del estado civil de casado (a) o de la condición de compañero (a) permanente del visitante en relación con el visitado (a).

Esta norma expedida en 1995, independientemente de que tuviera como propósito la protección del vínculo familiar y conyugal, no contempló los supuestos que podían caber dentro de quienes también llegarían a solicitar la visita íntima con el privado de la libertad, dejando por fuera, por tanto, a quienes hoy día pueden ser reconocidos como su pareja.

Con razón, la Defensoría del Pueblo en su momento, propuso la nulidad parcial de esa disposición, al igual que de otras del mismo reglamento general, indicando específicamente sobre lo que al tema concierne, que esa expresión violaba los artículo 15 y 84 de la Constitución Política, el 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por ir en contravía del derecho a la intimidad, tanto de los internos como de los visitantes.

La demandante igualmente consideró que violentaba el derecho a la igualdad, porque no se requiere del vínculo del matrimonio o de una convivencia ininterrumpida, pública y estable, para poder acceder a la visita, incurriendo también la norma en una discriminación, ya que “se olvida que existen otros tipos de relaciones diferentes a las convencionales que merecen igual protección por parte del Estado, pues, por ejemplo, en aplicación de dicha norma se podría impedir la visita íntima de una pareja de novios o de amigos íntimos, ya que su condición no cabría dentro de las previsiones de la norma.”[34].

Enfrente de la demanda, el Consejo de Estado, en la Sección Primera[35], dispuso la anulación parcial de dicha disposición al hallar que violaba el artículo 112 de la Ley 65 de 1993 y los artículos 13 y 15 de la Constitución, que consagran los principios a la igualdad y a la intimidad, dado que en efecto, de la visita íntima quedarían excluidos aquellos internos que a pesar de tener novio (a) o amigo (a) íntimo (a) no estén casados o no tengan un cónyuge o compañero (a) permanente[36].

De modo que la expresión visita íntima resulta ser una frase mucho más incluyente que la de visita conyugal, en tanto no supedita la realización del encuentro del detenido con su

pareja a que ésta deba demostrar que es su cónyuge por estar unidos en matrimonio, o su compañero (a) permanente por haber tenido una relación estable por determinado tiempo como se exige por parte de la ley para que pueda declararse tal hecho, sino que allí caben todas las otras posibilidades existentes en torno a la forma en la que desee relacionarse el interno en su esfera privada.

Ello va en línea con una lectura actualizada y en clave de derechos humanos de una norma que regula un aspecto de trascendental importancia en la vida del privado de la libertad, en tanto tiene derecho a disfrutar de una visita íntima con la persona que eligió para relacionarse afectiva y sexualmente.

Lo anterior implica que si la expresión visita conyugal descarta los otros tipos de uniones que pueden darse dentro de las relaciones que los internos poseen con quienes deciden efectuar la visita en la intimidad de un espacio adecuado para el efecto, bien porque se trate de personas del mismo sexo con quienes no haya constituido vínculo formal, o de personas que éste autorice y con quienes no tenga vida marital, porque pueden ser amigos o novios o tener cualquier otra relación, esta Sala utilizará en el curso de esta providencia el término visita íntima, para hacer referencia a ese encuentro consentido y solicitado por parte de un privado de la libertad con la persona de su elección.

Ello, en aras de la pedagogía constitucional que deben contener las decisiones de la Corte y de que como guardiana de la Carta, está llamada a orientar la interpretación que ha de darse a las normas que integran el ordenamiento jurídico, por lo que entonces solo se usará la expresión “visita conyugal” si llegare a hacerse una transcripción que la contenga, si dentro de la exposición de las partes ella hubiere sido usada, o cuando la Sala se refiera a este caso concreto, en tanto la visita íntima se solicitó entre dos personas que llevan veintitrés años de casados y que por tanto, son cónyuges, apareciendo legítima tal expresión.

4. Procedencia de la acción de tutela

Tal como se refirió en el acápite pertinente, tanto el Juez Civil del Circuito como la Sala Única del Tribunal Superior de Florencia, encontraron que al no haberse interpuesto el recurso de apelación contra la decisión que negó la autorización de visita íntima, no podían ampararse los derechos reclamados por el apoderado de la accionante. Al declarar que en

el caso concreto no se cumplía el requisito de subsidiariedad, las instancias despacharon negativamente la pretensión.

Bajo esas consideraciones, luego de referirse a la legitimidad en la causa de las partes, la Sala estudiará los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

4.1 Legitimación por activa

El artículo 86 constitucional dispone que la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero que actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.

En el presente caso la acción de tutela fue presentada por la señora María Susana Portela Lozada a través de apoderado, al que concedió poder especial, amplio y suficiente para que en su nombre entablara la acción[37], por lo que se puede afirmar que, en efecto, existe legitimación en la causa por activa para el ejercicio de este amparo.

4.2 Legitimación por pasiva

Los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito de Florencia, son autoridades judiciales, que han conocido del asunto concerniente a la visita íntima reclamada por el representante de la interna. El primer Juzgado negó el encuentro íntimo en audiencia del 8 de febrero de 2017[38] y confirmó la negativa cuando en contra de lo resuelto se presentó recurso de reposición[39]. El segundo es el que conoce de la causa penal y el 23 de septiembre de 2016 ordenó la remisión por competencia de la petición de autorización de visita conyugal ante los juzgados de garantías de ese municipio.

Por su parte, tanto el EPC La Modelo de Bogotá como el EPMSC El Cunday de Florencia, son dos entidades públicas integrantes del Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario adscritos al INPEC, que cumple funciones de protección y seguridad social. Son además las instituciones que tienen bajo reclusión a la poderdante del accionante y a su compañero, beneficiario también de la visita.

En consecuencia, de acuerdo con el artículo 5º del Decreto ley 2591 de 1991[40], están legitimados como parte pasiva, en tanto la acción de tutela procede contra toda autoridad pública.

4.3 Inmediatez

Esta Corporación ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “en todo momento” porque no tiene término de caducidad[41]. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales”[42].

Lo anterior ocurre porque se trata de un mecanismo judicial que tiene como finalidad conjurar situaciones urgentes, que requieren de la actuación rápida de los jueces. Por ende, cuando la acción se presenta mucho tiempo después de la acción u omisión que se alega como violatoria de derechos, se desvirtúa su carácter apremiante.

En el caso objeto de estudio, se observa que la audiencia en la que se definió la petición de visita íntima se realizó el 8 de febrero de 2017, decisión contra la que el abogado propuso recurso de reposición, que al resolverse confirmó lo resuelto, y que la acción de tutela fue interpuesta el 8 de marzo de 2017[43].

Como se infiere de lo expuesto, transcurrió exactamente un (1) mes desde el momento en que se resolvió el asunto hasta cuando fue presentado el mecanismo de amparo. Para la Sala es evidente que se satisface el requisito de inmediatez, pues pasaron 30 días desde el hecho que, en principio, habría violado los derechos de la interna, y la presentación del amparo, término que se considera oportuno, justo y razonable.

4.4 Subsidiariedad

4.4.1 En relación con el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, la Constitución Política establece que su procedencia está condicionada a que “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial” (art. 86 C. Pol.). Empero, esta Corporación ha señalado que no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa, pues el juez constitucional debe analizar, en el marco de la situación fáctica particular, si la acción judicial dispuesta por el ordenamiento jurídico es

idónea y eficaz en concreto para proteger los derechos fundamentales comprometidos, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional[44]. En el caso en el que no lo sea, el mecanismo de amparo procederá para provocar un juicio sobre el fondo[45].

En este evento, los jueces de instancia indicaron que el actor contaba con el recurso de apelación al momento de resolverse sobre la visita íntima en la audiencia del 8 de febrero de 2017, lo que llevó a que negaran el amparo por considerar que no se había agotado esa opción, lo que nos adentra en el tema de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales y en el exceso ritual manifiesto de que se queja el representante de la accionante, así como en el defecto material o sustantivo y la violación directa de la Constitución como causales específicas de procedencia de esta clase de amparos.

4.4.2 En cuanto a la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales, la sentencia C-543 de 1992, por medio de la cual se decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, resolvió declararlos inexecutable y, por unidad normativa, el artículo 40 del mismo decreto. Dicha providencia hizo referencia a la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

De acuerdo con lo expuesto por la Corte, el ejercicio de la acción de tutela no es procedente para controvertir decisiones judiciales proferidas dentro de un proceso que ha cumplido con las diversas etapas prescritas por la ley y, dentro del cual, se han agotado los recursos respectivos, que han llevado a una decisión final sobre el asunto en discusión.

También se ha establecido por esta Corporación que en dichos eventos, el amparo por vía constitucional es de carácter excepcional, es decir, que solo procede en aquellas circunstancias en que se evidencia una grave actuación de hecho por parte de los jueces ordinarios. Ello, en razón del respeto al principio de la cosa juzgada y de preservar la seguridad jurídica, la autonomía e independencia de la actividad jurisdiccional del Estado, así como el sometimiento general de los conflictos a las competencias ordinarias de cada juez[46].

Debido al carácter excepcional y restrictivo de la acción de tutela para controvertir decisiones judiciales, y bajo la perspectiva de un nuevo enfoque, en el que el concepto de

vía de hecho perdió protagonismo, la Corte estableció unos requisitos generales y especiales de procedencia de la acción constitucional. Los primeros, también llamados requisitos formales, son aquellos presupuestos que el juez constitucional debe verificar para que pueda entrar a analizar de fondo el conflicto planteado. En cuanto a los requisitos especiales, también llamados materiales, corresponden concretamente a los vicios o defectos presentes en la decisión judicial y que constituyen la fuente de vulneración de los derechos fundamentales[47].

En la Sentencia C-590 de 2005, se señalaron los requisitos generales, así: a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez. d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora. e. Que el agraviado identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible. Y, f. Que no se trate de sentencias de tutela.

Verificados y cumplidos todos los requisitos generales o formales, se hace procedente el estudio de fondo por parte del juez constitucional; luego de ello, debe entrar a examinar si la providencia acusada ha incurrido, al menos en uno de los vicios que se han identificado por la jurisprudencia y, por tanto, que ello genere la violación de derechos fundamentales, los cuales fueron reiterados en la Sentencia T-867 de 2011, de la siguiente manera:

a. En un defecto orgánico. b. En un defecto procedimental absoluto. c. En un defecto fáctico. d. En un defecto sustantivo o material. e. En error inducido o por consecuencia. f. En una decisión sin motivación. g. En desconocimiento del precedente judicial. Y, h. En violación directa de la Constitución.

Sobre la base de lo expuesto, la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad, la decisión cuestionada por esta vía haya incurrido en uno o varios de los defectos o vicios específicos y, a su vez, el

defecto sea de tal magnitud que implique una lesión o afectación a los derechos fundamentales del tutelante.

4.4.3 En lo que respecta al exceso ritual manifiesto que destaca el accionante en la actuación de la juez de garantías, ha de indicarse que para su estudio, debe partirse de lo dispuesto en los artículos 29 y 228 de Carta de 1991 que consagran el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, debe dar prevalencia y efectividad a los derechos reconocidos por la ley sustancial.

El defecto procedimental implica una afectación a dos tipos de garantías constitucionales: i) el derecho al debido proceso, en el cual se produce un defecto absoluto cuando el funcionario judicial se aparta del procedimiento legalmente establecido, ya sea porque sigue un proceso ajeno al autorizado o porque omite una etapa sustancial; y ii) el derecho al acceso a la administración de justicia, y se configura un defecto, cuando se incurre en un exceso ritual manifiesto, es decir, cuando “un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia.”[48].

La jurisprudencia constitucional ha señalado que el funcionario judicial incurre en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto cuando i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos; ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto; iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal; y, iv) porque dicha actuación deviene en el desconocimiento de derechos fundamentales[49].

De igual manera, este Tribunal ha reconocido el defecto por exceso ritual manifiesto, en eventos en los cuales el juzgador i) aplica en forma inflexible disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de los derechos constitucionales en un caso concreto; ii) exige el cumplimiento de requisitos formales de manera irreflexiva, aunque en determinadas circunstancias puedan constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; o iii) incurra en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas[50].

Respecto de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra

providencias judiciales, cuando se alega la estructuración de un defecto procedimental absoluto o por exceso ritual manifiesto, el precedente considera que aquellos son: i) que no haya posibilidad de corregir la irregularidad por ninguna otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela; ii) que el defecto procesal tenga una incidencia directa en el fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales; iii) que la irregularidad haya sido alegada al interior del proceso ordinario, salvo que ello hubiera sido imposible, de acuerdo con las circunstancias del caso específico; y iv) que como consecuencia de lo anterior, se presente una vulneración a los derechos fundamentales[51].

En suma el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el juez no acata el mandato de dar prevalencia al derecho sustancial, lo que lleva a vulnerar el derecho de acceso a la administración de justicia.

4.4.4 Por otra parte, se ha indicado que el defecto material o sustantivo se presenta cuando existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión[52] o, cuando el juez falla con base en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto[53] o en normas inexistentes o inconstitucionales[54].

Esta Corte, en sentencia SU-659 de 2015, ratificó que esta causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial puede identificarse en alguna de las siguientes situaciones:

“(i) Cuando existe una carencia absoluta de fundamento jurídico. En este caso la decisión se sustenta en una norma que no existe, que ha sido derogada, o que ha sido declarada inconstitucional.

(ii) Aplicación de norma que requiere interpretación sistemática con otras normas, caso en el cual no se tienen en cuenta otras normas aplicables al caso y que son necesarias para la decisión adoptada.

(iii) Por aplicación de normas constitucionales pero no aplicables al caso concreto. En este evento, la norma no es inconstitucional pero al ser aplicada al caso concreto vulnera

derechos fundamentales, razón por lo que debe ser igualmente inaplicada.

(iv) Porque la providencia incurre en incongruencia entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Esta situación se configura cuando la resolución del juez no corresponde con las motivaciones expuestas en la providencia.

(v) Al aplicar una norma cuya interpretación desconoce una sentencia de efectos 'erga omnes'. En esta hipótesis se aplica una norma cuyo sentido contraría la ratio decidendi de una sentencia que irradia sus efectos a todo el ordenamiento jurídico.

(vi) Por aplicación de normas abiertamente inconstitucionales, evento en el cual si bien el contenido normativo no ha sido declarado inexecutable, este es abiertamente contrario a la constitución. En este evento, la tutela procede si el juez ordinario no inaplica la norma por medio de la figura de la excepción de inconstitucionalidad."

De la misma forma, sostuvo que "se incurre en un defecto sustantivo, cuando las normas legales no son interpretadas con un enfoque constitucional, fundado en la salvaguarda de los derechos fundamentales, tomando en cuenta las particularidades del caso concreto"[55].

4.4.5 Por último, la violación directa de la Constitución parte del enunciado dispuesto en el artículo 4º superior que expresamente señala: "la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". En ese orden de ideas, la Carta es la de mayor rango en el ordenamiento jurídico y, de acuerdo con ella, se establece la eficacia de las demás normas que componen la estructura legal del país.

De acuerdo con ello, el sistema jurídico actual reconoce valor normativo a las disposiciones fundamentales contenidas en el Texto Superior, de manera que su aplicación puede hacerse de manera directa por las diferentes autoridades y los particulares, en determinados casos[56].

Ahora. La violación directa de la Constitución guarda estrecha relación con los defectos sustantivo, procedimental por exceso ritual manifiesto y por desconocimiento del precedente, pero la jurisprudencia[57] lo ha reconocido como una causal autónoma por la

fuerza vinculante y valor normativo de la Carta[58].

La sentencia SU-336 de 2017 se refirió a esta causal advirtiendo que, “encuentra cimiento en el actual modelo de ordenamiento constitucional que reconoce valor normativo a los preceptos superiores, de modo tal que contienen mandatos y previsiones de aplicación directa por las distintas autoridades y, en determinados eventos, por los particulares[59]. Es por esa razón que resulta factible que una decisión judicial pueda cuestionarse a través de la acción de tutela cuando desconoce o aplica indebida e irrazonablemente tales postulados[60]”.

Conforme a la jurisprudencia, se presenta esta causal cuando el juez expide una providencia que desconoce la Constitución al no aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, o al dar aplicación preferente a las normas legales sobre la norma superior.[61] Asimismo, la Corte[62] ha sostenido que para que se configure este defecto basta con evidenciar “decisiones ilegítimas que vulneren derechos fundamentales”[63].

Cuando el funcionario judicial omite la aplicación, lo hace de manera indebida o sin razón alguna los principios de la Constitución, su decisión puede cuestionarse por vía de la acción de tutela. Así lo ha dispuesto esta Corporación, al estimar que se viola de manera directa la Carta cuando se deja de lado una norma ius fundamental aplicable al caso en análisis o en aquellos donde no se reconoce la excepción de inconstitucionalidad.

En suma, hay violación directa de la norma superior cuando el fallador emite una providencia judicial que desconoce, de forma específica, los postulados de la Constitución, contrariando su supremacía y eficacia directa.

4.4.6 Descendiendo al asunto de que conoce la Corte, en lo que atañe a los requisitos de procedencia general, i) es claro que la cuestión que se discute tiene evidente relevancia constitucional, ii) ya indicamos que se cumple el requisito de inmediatez en tanto la acción de tutela se propuso al mes siguiente de haberse negado la visita íntima, iii) se identificaron de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, desconocimiento que igualmente se ventiló en el proceso judicial que se adelantó, iv) no se trata de tutela contra sentencia de tutela sino contra una decisión emitida dentro de un asunto penal, y v) como se ha puesto de presente una irregularidad procesal y esta tiene un efecto decisivo en la providencia que se impugna, se desarrollará

enseguida, al margen de que más adelante y de cara a las consideraciones que se realicen, se aborden los otros dos defectos aludidos.

En lo que corresponde al vi) agotamiento de todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable, se ha de indicar que, como también se refirió, el juez de tutela debe analizar, en el marco de la situación fáctica particular, si la acción judicial dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz en concreto para proteger los derechos fundamentales comprometidos, más aún cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, categoría dentro de la que caben los privados de la libertad.

Estima la Sala, sin embargo, que la rigurosidad con que se abordó este ítem, de cara a las barreras que se presentaron para la resolución del asunto y la dilación en la toma de tal determinación, no se compadece con la posición que se adoptó en los fallos revisados, pues al momento del análisis del caso concreto, se realizó casi una operación matemática de confrontación entre el ejercicio del derecho de impugnación en la diligencia pública por parte del abogado, y la exigencia de agotar todos los mecanismos de defensa con que contaba.

La respuesta de la administración de justicia en este evento, de cara a la forma como fue asumido, no se ajusta a la prontitud con la que debe emprenderse el examen de casos de esta naturaleza, donde los derechos en juego resultan ser un asunto relevante, y en donde la dilación en los términos cumple un papel preponderante como para que la respuesta ofrecida tenga en cuenta únicamente los elementos procedimentales.

Recuérdese que luego de que el 18 de mayo de 2016 se le otorgó a María Susana la detención domiciliaria como madre cabeza de familia[67] y que el 31 de mayo arribó al Establecimiento de Florencia[68], para el 21 de junio de 2016 presentó su solicitud de realización de visita conyugal con su consorte, que se hallaba recluso en el EPC La Modelo de la ciudad de Bogotá.

No obstante tratarse de una petición de tal índole, es decir, que giraba en torno al reconocimiento de un derecho fundamental, con Oficio 143-EPCFLO-AJUR-2908 del 23 de septiembre de 2016, se remitió dicho escrito ante el Juzgado Tercero Penal del Circuito de

Florencia[69], esto es, tres (3) meses después de realizada la solicitud, que recibió en esa fecha el juzgado de conocimiento, pero que remitió por competencia ante los jueces de garantías de esa misma ciudad.

No bastando con ello, la Juez Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Florencia que asumió el caso, fijó como fecha para la realización de la diligencia el 8 de febrero de 2017, esto es, cinco (5) meses después, día en que en efecto se llevó a cabo la diligencia con los resultados ya reseñados, o sea, la negativa fundada en condiciones de higiene, seguridad, disciplina, orden, viabilidad y oportunidad del traslado.

Con razón indicó el abogado en la impugnación propuesta contra el fallo del Juzgado 1º Civil del Circuito que negó el amparo, que debido a la excesiva demora en la toma de la decisión, bien pudo haber presentado la demanda de tutela desde el año 2016, pero tanto él como su poderdante decidieron esperar el pronunciamiento del juez[70].

Sin embargo, señaló, que algo tan elemental e irreductible para una persona que está privada de la libertad, como lo es su derecho a la visita íntima, se esperaba que no tendría demora y que mucho menos iba a ser negada, pero primó el formalismo y se desdibujaron los derechos de la pareja de privados de la libertad, lo que entonces da fuerza a los argumentos para declarar la procedencia de la acción.

Considera así la Sala que se incurrió, como lo mencionó el apoderado de la interna, en un exceso ritual manifiesto, en tanto se permitió que en un evento donde estaba de por medio un derecho fundamental, la concreción del mismo a través de la ejecución de una visita conyugal se dilatara en el tiempo.

A pesar del criterio de los jueces de instancia, encuentra la Corte que el requisito de subsidiariedad se suple con las condiciones particulares de este caso, de cara al excesivo rigorismo con que se abordó la solicitud de la actora, estando de por medio dos sujetos de especial protección constitucional con los que el Estado posee una relación de sujeción debido a la privación de su libertad, y al hecho de que a este momento no se cuenta con otro recurso.

Tal como se señaló en la sentencia T-679 de 2015, el análisis de procedibilidad de la acción no puede hacerse de la misma manera respecto de aquellas personas que se

encuentran en un grado superior de vulnerabilidad, ya que, por una parte, la subsidiariedad se verifica caso a caso y, por otra, en esos eventos el examen se flexibiliza atendiendo a las condiciones particulares del sujeto[71].

De ello se sigue que “el operador judicial debe examinar la situación fáctica que define el asunto sometido a su conocimiento, y las particularidades de quien reclama el amparo constitucional, pues, si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad o en condición de discapacidad, etc.) o de personas que se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad se flexibiliza haciéndose menos exigente”[72].

Así, la Corte reiteró que no aparece como una medida constitucionalmente admisible aplicar el requisito de subsidiariedad sin atención a las características de los sujetos de especial protección constitucional, pues ello vaciaría de contenido el artículo 13 Superior, postura que se asume en este evento, donde se encuentran de por medio los derechos de dos personas privadas de la libertad, que resultaron afectadas con el excesivo formalismo que imperó en la resolución del asunto.

En el caso en estudio, el representante de la accionante se queja de la decisión del 8 de febrero de 2017 proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Florencia, que en audiencia negó la visita íntima pedida tiempo atrás.

Tal determinación, como lo aseguró el apoderado de la solicitante, se adoptó de manera tardía, pues apenas vino a decidirse ocho (8) meses después de hecha la petición y se adujeron como causales para la negativa, la verificación de las condiciones de higiene, seguridad, disciplina y orden en el establecimiento donde se fuera a producir el encuentro, al igual que la viabilidad y oportunidad del traslado de la privada de la libertad.

En ese mismo acto, el abogado que propuso la acción de tutela, presentó recurso de reposición, que fue también resuelto de manera desfavorable, sin que propusiera el de apelación.

La no interposición de este último recurso como medio de defensa al alcance del peticionario, se convirtió en la razón para que los jueces de primer y segundo nivel, negaran el amparo propuesto. Pusieron de manifiesto que el representante de la accionante debió

haber presentado tal propuesta ante el juzgado municipal pero como no lo hizo, ello implicaba que no se cumplía el requisito de subsidiariedad de la acción de amparo.

Ese apego por el derecho procedimental sobre el sustancial, es lo que resalta el abogado como factor determinante para la procedencia de la acción, porque en su sentir, la petición no tenía por qué haber sido resuelta tanto tiempo después y menos aún con una respuesta que no se correspondía con la competencia asignada al juez que la resolvió.

Téngase en cuenta que desde el 21 de junio de 2016 la propia detenida, de su puño y letra, envió al Director del EPMSC El Cunduy la solicitud de autorización de visita íntima con su esposo; que tal funcionario la remitió al Juez Tercero Penal del Circuito de Florencia el 23 de septiembre de ese mismo año; que éste la envió por competencia a la oficina de reparto y que la juez de garantías a la que le correspondió, fijó como fecha para la celebración de la audiencia, el 8 de febrero de 2017, que en efecto se llevó a cabo en esa calenda, donde se negó por las razones ya aducidas de higiene, seguridad, orden, disciplina, conveniencia y viabilidad del traslado.

El derecho de acceder a la justicia implica, para ser real y efectivo, al menos tres obligaciones, a saber: (i) la obligación de no hacer del Estado (deber de respeto del derecho), en el sentido de abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar el acceso a la justicia o su realización y de evitar tomar medidas discriminatorias respecto de este acceso; (ii) la obligación de hacer del Estado (deber de protección del derecho), en el sentido de adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el acceso a la administración de justicia del titular del derecho; y (iii) la obligación de hacer del Estado (deber de realización del derecho), en el sentido de facilitar las condiciones para el disfrute del derecho y hacer efectivo su goce[73].

En virtud de lo expuesto, evidencia la Sala un especial interés en privilegiar el derecho procesal sobre el sustancial de frente a la dilación de los términos en la resolución del asunto y a la connotación de los derechos en juego, existiendo entonces un rigorismo procedimental en la valoración del caso, pues es claro que esa demora tuvo incidencia directa en las garantías fundamentales objeto de demanda, e implica que debiendo actuar prontamente, se presentaron obstáculos que impidieron a dos sujetos de especial protección constitucional gozar de su derecho.

En este caso, comprueba la Corte que si bien podría alegarse la necesidad de que el representante de la accionante debió haber agotado todos los recursos con que contaba para que pudiera definirse el asunto, es decir, interponer de manera subsidiaria el recurso de apelación en la audiencia pública, lo cierto es que existe un exceso ritual manifiesto en la actuación del Juzgado Tercero de Garantías en la denegación del encuentro de la pareja, que tiene una implicación directa en la decisión que adoptó, que no abordó con la responsabilidad propia del funcionario judicial un tema tan sensible como el de la visita íntima.

No existe justificación para que se programe una audiencia para resolver un tema de las características del que se trata, cinco meses después, y más cuando la actuación tenía claro, por la misma petición, que la solicitante soportaba detención de tiempo atrás y que apenas en junio de 2016 estaba empezando a gozar de la detención domiciliaria concedida en un juzgado de Bogotá, estando entre sus derechos el de visitar a su compañero en la cárcel en la que él se encontraba detenido, porque así lo expresa la solicitud.

Así que aunque pudiera decirse que el representante de la actora contaba con un recurso más, dadas las circunstancias fácticas de este caso, que involucra la presencia de dos sujetos de especial protección constitucional y la existencia de barreras que hicieron nugatorio el derecho reclamado, que fue abordado ocho meses después de propuesta la solicitud con un rigorismo excesivo, lo que podría considerarse el medio ordinario de defensa judicial (la apelación), no es apto ni eficaz para ofrecer una respuesta adecuada e inmediata a la situación de vulneración que se plantea, en la cual confluyen factores de vulnerabilidad acentuada y debilidad manifiesta.

Y es que tampoco existe posibilidad de corregir la irregularidad por otra vía, de acuerdo con el carácter subsidiario de la acción de tutela, en vista de que como se extrae de las pruebas aportadas, la visita ya se autorizó en agosto de 2017 por facultad del propio Director del EPMSC El Cunday, por lo que entonces la nulidad ni siquiera podría considerarse como la herramienta procesal idónea para precaver cualquier posible menoscabo que pudiera llegar a producirse, porque más allá del debate sobre la legalidad o no de la decisión, se encuentra de por medio el goce efectivo de derechos fundamentales con un alto grado de importancia, como son el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad, los cuales en el contexto de la relación jurídica existente entre el privado de la libertad y la administración

penitenciaria, se encuentran limitados o restringidos mas no suspendidos[74].

Tratándose de las personas privadas de la libertad, la Constitución Política consagra una protección especial que en hechos concretos se traduce en un tratamiento reforzado dada su condición de especial sujeción, sometimiento e indefensión frente al Estado, que puede garantizarse a través de la acción de tutela, y que tal como se refirió, lleva a que el análisis de procedibilidad de la acción se flexibilice atendiendo sus condiciones particulares.

De modo que al no contar con otro recurso para la obtención de la visita íntima, emerge la acción de tutela como el remedio procesal apto para la protección de los derechos invocados.

Una vez que se ha verificado que procede la tutela y que se cumple con el requisito de subsidiariedad al no existir otro recurso, pasa la Corte a resolver si con la decisión de la juez de garantías se vulneraron los derechos fundamentales de la actora, debiendo analizar los siguientes ítems: (i) los derechos de los privados de la libertad, (ii) la visita íntima como uno de los elementos del libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la intimidad y la unidad familiar, dentro del cual se analizarán aspectos basilares de la misma, y por último (iii) se referirá a los aspectos puntuales que desarrollan el tema.

5. Los derechos de las personas privadas de la libertad

Desde sus primeras decisiones[75], la Corte estableció que si bien algunos derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad son suspendidos o restringidos desde el momento en que estos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo, más si se tiene en cuenta que la población reclusa se encuentra en una relación de especial sujeción con el Estado, por manera que este se encuentra en posición de garante respecto de la persona privada de la libertad y, en esa medida, debe procurar las condiciones mínimas de existencia digna.

Ha señalado este Tribunal, por ejemplo, que los derechos a la libertad física, a la libre locomoción y los derechos políticos se encuentran suspendidos; que derechos como la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y

libertad de expresión se encuentran restringidos; pero que otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud, al debido proceso y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular[76].

Por tales razones, la jurisprudencia de la Corte[77] ha mantenido una línea decisoria que clasifica los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad en tres grupos:

“(i) aquellos derechos suspendidos como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Dentro de este grupo encontramos derechos como la libre locomoción, y los derechos políticos como el derecho al voto; (ii) los derechos intocables conformados por los derechos fundamentales de la persona privada de la libertad que se encuentran intactos, pues aquellos derivan directamente de la dignidad del ser humano, son ejemplo de éstos: los derechos a la vida y el derecho al debido proceso, y por último, (iii) se encuentran los derechos restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado y tienen sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Encontramos limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, al trabajo y a la educación. Respecto de los derechos fundamentales de los reclusos que admiten restricción, es importante tener en cuenta que su limitación es constitucionalmente válida en la medida en que se ajuste a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”[78].

La dignidad humana, sin embargo, es un principio que irradia todo el ordenamiento constitucional colombiano y que se yergue como norte del Estado, que es reconocido a todas las personas sin ningún tipo de discriminación[79], de la que no se escapan los detenidos[80], pues precisamente, como lo refiere la Sentencia T-133 de 2006, “la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento está ligado a los pilares políticos y jurídicos del Estado colombiano. Es decir, es el postulado esencial para una efectiva consagración del sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución”.

Citando la sentencia T-596 de 1992, refiriéndose a la condición de especial sujeción, esta Corporación señaló en dicha ocasión que, “[Es] una relación jurídica [donde] el predominio de una parte sobre la otra no impide la existencia de derechos y deberes para ambas partes. Este es el caso del interno en un centro penitenciario. Frente a la administración, el preso se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado, el cual se sitúa en una posición preponderante, que se manifiesta en el poder disciplinario y cuyos límites están determinados por el reconocimiento de los derechos del interno y por los correspondientes deberes estatales que se derivan de dicho reconocimiento”.

Y respecto a las características y consecuencias de las relaciones de especial sujeción en que se encuentran las personas privadas de la libertad frente al Estado, este Tribunal en sentencia T-881 de 2002[81] indicó:

“De la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación[82] de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial[83] (controles disciplinarios[84]y administrativos[85] especiales y posibilidad de limitar[86] el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado[87] por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad[88] 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 especiales[89] (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser[90] especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar[91] de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)”.

En suma, de la condición de especial sujeción en que se encuentra la población reclusa no se desprende la pérdida de la dignidad humana. Si bien el Estado cuenta con potestades

punitivas y disciplinarias, éstas encuentran límites en los derechos de los internos.

De igual manera, la jurisprudencia de esta Corte[92] ha señalado que las restricciones de los derechos fundamentales de los reclusos deben ser las estrictamente necesarias y proporcionadas a la finalidad de la pena y a las condiciones indispensables para desarrollar la vida en las cárceles, tales como la seguridad, la disciplina, la higiene y el orden[93].

Por tanto, aunque el legislador y las autoridades competentes tienen facultad para limitar los derechos de los reclusos, dicha potestad no puede ser arbitraria ni desproporcionada porque está atada a su finalidad y objetivos.

Los criterios de razonabilidad y proporcionalidad permiten entonces determinar cuándo se desconocen los derechos fundamentales de los internos o cuándo son restringidos bajo las condiciones establecidas legal y reglamentariamente, es decir, sirven como parámetros de la administración y el poder judicial para determinar si se trata de un acto amparado constitucionalmente o de una medida arbitraria.

En consecuencia, corresponde a las autoridades penitenciarias y carcelarias garantizar a las personas privadas de la libertad los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, lo que implica “no solamente que el Estado no deba interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos, sino también que debe ponerse en acción para asegurarle a los internos el pleno goce de los mismos”[94], siempre, claro está, adoptando las medidas amparadas legal y reglamentariamente y acudiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Basta aquí recordar que los derechos acompañan a los privados de la libertad durante su reclusión, tal como incluso lo manifestó esta Corte desde 1992[95], cuando enfáticamente refirió que la cárcel no es un sitio ajeno al derecho, ya que las personas reclusas en un establecimiento penitenciario no han sido eliminadas de la sociedad y la relación especial de sometimiento que mantienen con el Estado no les quita su calidad de sujetos activos de derechos.

En este orden de ideas, corresponde a la Sala abordar enseguida la naturaleza de la visita íntima como uno de los derechos fundamentales reconocidos a los privados de la libertad.

6. La visita íntima como derecho fundamental de las personas privadas de la libertad

Como el derecho a la visita íntima es el tema principal a tratar en esta sentencia, esta Sala se permitirá abordar el asunto, primero, desde el ámbito internacional, luego hará referencia al caso debatido en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos donde se determinó que Colombia violó los derechos de una mujer detenida a tener una visita íntima con su pareja[96], y después se referirá a la jurisprudencia de esta Corte respecto al asunto en cuestión desde 1992 hasta el momento actual. Posteriormente reiterará lo que este Tribunal ha señalado sobre la facultad discrecional de las autoridades encargadas de trasladar internos para encuentros de esta índole, y por último se referirá a la visita íntima de quienes se hallan en centro de reclusión y cuentan con pareja en detención domiciliaria, para hacer un desarrollo importante a partir de este punto con diferentes variables. Finalmente resolverá el caso concreto.

6.1 La visita íntima en el ámbito internacional

El derecho a la visita íntima a la luz del derecho internacional, permite identificar que éste ha sido concebido desde la garantía del derecho a la vida privada y familiar de las personas sujetas a detención, así como de su derecho a la salud y a la sexualidad.

Es un principio básico del derecho internacional que la condición de privación de la libertad no puede implicar la anulación de los derechos fundamentales consagrados por los distintos instrumentos internacionales de protección y promoción de los derechos humanos. En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que más allá de las garantías tuteladas por el contenido del artículo 7 de la Convención Americana (derecho a un proceso justo y con un plazo razonable), se les asegura a los detenidos, entre otras, el derecho a vivir en un ambiente sano, libre de tratos inhumanos, crueles y degradantes[97].

El Principio I de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[98] establece que:

“Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada

humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se les respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona (...)."

En consecuencia, la privación de la libertad genera para el Estado una serie de obligaciones positivas en especial en lo que se refiere a la garantía de un trato humano y el respeto a sus derechos fundamentales[99]. Por su parte, la protección del derecho a la vida privada y a la intimidad ha sido contemplada por varias normas vinculantes del derecho internacional. En este sentido, disponen los párrafos 1 y 2 de los artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo siguiente:

"Artículo 17

1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.
2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello".

Tales normas deben ser leídas conjuntamente con el Artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”.

Ese derecho a la vida privada dispuesto en el artículo 11 de la Convención no es un derecho absoluto, como lo ha destacado la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, indicando que su restricción puede ser ejercida por los Estados Partes bajo el cumplimiento de requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, siempre y cuando ella obedezca a un fin legítimo y necesario para asegurar una sociedad democrática[100].

Al desarrollar el concepto de vida privada del artículo 11 de la Convención, el órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano expresó que “la vida privada es un concepto amplio que no es susceptible de definiciones exhaustivas y comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás.”[101].

En el mismo sentido, al interpretar el alcance y contenido del artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas estableció que: “En lo que se refiere al artículo 17, es indiscutible que las relaciones sexuales consentidas y mantenidas en privado por personas adultas están cubiertas por el concepto de ‘vida privada’ (...)”[102].

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que respecta al ejercicio del derecho a la vida privada y a fundar una familia para los detenidos, indicó que, “(...) si bien la detención es por su naturaleza una limitación en la vida privada y familiar, es una parte esencial del derecho de una persona privada de libertad, el respeto de la vida familiar y por ello las autoridades penitenciarias deben ayudar a mantener un contacto eficaz con los miembros de su familia cercana (...)”[103] .

En el marco del Sistema Interamericano, es el Principio XVIII de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad que consagra el derecho al “Contacto con el mundo exterior” en los siguientes términos:

“Las personas privadas de libertad tendrán derecho a recibir y enviar correspondencia, sujeto a aquellas limitaciones compatibles con el derecho internacional; y a mantener contacto personal y directo, mediante visitas periódicas, con sus familiares, representantes legales, y con otras personas, especialmente con sus padres, hijos e hijas, y con sus respectivas parejas (...)”

Ese derecho a la comunicación con el mundo exterior encuentra su expresión en la regla 37 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, que establece que “Los reclusos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, bajo la debida vigilancia, con su familiar y con amigos de buena reputación, tanto por correspondencia como mediante visitas.”.

Pero la Corte Interamericana en su jurisprudencia igualmente ha vinculado la visita íntima con la sexualidad, en la medida en que ésta se considera como parte esencial del desarrollo humano y por tanto, pasa a ser protegida por el contenido y alcance del derecho a la salud, sobre el que el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”.

Ese derecho a la salud recibe una proyección aún más relevante en el escenario jurídico internacional con la aprobación del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fundamentado en el texto del artículo 12.1 de este instrumento legal:

“Artículo 12.1 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.”.

En el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, el derecho a la salud encuentra fundamento en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, que expresa:

“Derecho a la Salud

10.1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.”.

De hecho, el Relator Especial de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reconocido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental incluye la salud sexual y reproductiva, resaltando que éstas son además libertades personales que deberán estar libres de discriminación y limitaciones por parte del Estado. El Relator enfatizó que:

“27. Hay que tener muy en cuenta que el derecho internacional a la salud, aunque debe realizarse gradualmente y está sujeto a limitaciones de recursos, impone varias obligaciones de efecto inmediato. Entre estas obligaciones inmediatas figura el deber del Estado de respetar la libertad del individuo en lo tocante a controlar su salud y disponer de su cuerpo... las libertades relativas a la salud sexual y reproductiva no deben estar sujetas a la realización gradual ni a la disponibilidad de recursos.”[104].

La Declaración Universal de los Derechos Sexuales que se adoptó en el 14º Congreso Mundial de Sexología realizado en Hong Kong, así se refiere a la sexualidad:

“La sexualidad es una parte integral de la personalidad de todo ser humano. Su desarrollo pleno depende de la satisfacción de las necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, intimidad, expresión emocional, placer, ternura y amor.

La sexualidad es construida a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales. El desarrollo pleno de la sexualidad es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social.

Los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad inherente, dignidad e igualdad para todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico.”[105].

De igual forma, el Relator Especial indicado, sostuvo en el Informe ya referenciado, que “Como muchas expresiones de la sexualidad no son reproductivas, es erróneo subsumir los derechos sexuales, incluido el derecho a la salud sexual, en los derechos reproductivos y la salud reproductiva... estos derechos deben entenderse en el contexto más amplio de los derechos humanos, que incluyen los derechos sexuales.”[106].

En suma, desde el ámbito internacional el derecho a la visita íntima cuenta con relevancia, en la medida en que lo liga a derechos de suma importancia como la vida privada y familiar, así como a la salud y a la sexualidad, destacando la obligatoriedad que tienen los Estados de facilitar su ejercicio, ya que es una garantía que no se anula con la detención.

6.2 El caso de Martha Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia en la Comisión Interamericana como fundamento adicional en el derecho internacional al derecho a la visita íntima

El tema de la visita íntima tuvo en Colombia, luego de la segunda mitad del año 2017, una repercusión importante, en la medida en que a partir del acuerdo de implementación[107] al que llegaron los representantes legales de la señora Martha Lucía Álvarez Giraldo con el gobierno colombiano sobre las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) acerca del caso[108], se empezaron a materializar esas recomendaciones, con las repercusiones que tendrá en el régimen penitenciario colombiano y en la forma en la que la visita íntima debe ser regulada.

En el caso que tramitó el organismo internacional, la CIDH concluyó que el Estado colombiano violó los derechos de Martha Lucía Álvarez Giraldo[110]. Señaló que como mujer lesbiana fue discriminada en varios centros penitenciarios del país, ya que no se le permitió que pudiera recibir la visita de su pareja durante su estadía en las 13 cárceles colombianas en las que estuvo recluida, pues el INPEC esgrimía que no era posible porque ello atentaba contra la moralidad.

Por tal razón, el 18 de mayo de 1996, acudió a la Comisión Interamericana[111], pues en Colombia, la acción de tutela que propuso en 1995 le fue negada en primera[112] y segunda[113] instancia, y en la Corte Constitucional no se seleccionó el asunto para revisión[114]. Los hechos se originaron en 1994 cuando la Reclusión de Mujeres de Pereira “La Badea”, le negó a Marta Lucía la solicitud de visita íntima con su compañera sentimental -pese a que la fiscal la había autorizado- argumentando, entre otras cosas,

razones de seguridad y que la petición era obscena, denigrante y bochornosa[115]; en otras cárceles del país, fue discriminada por su orientación sexual.

No obstante que el 26 de julio de 1994, la Fiscalía 33 de Santuario, Risaralda, le concedió a Álvarez Giraldo las visitas, en agosto de ese mismo año, el director del centro de reclusión le negó este derecho. Las autoridades solicitaron su traslado el 30 de septiembre a otra cárcel y nuevamente se le negaron las visitas. A partir de allí comenzó la seguidilla de traslados como respuesta a su orientación sexual y por su lucha por el encuentro con su pareja. Fue así como pasó por otras reclusiones como Anserma, Caldas, Medellín, Cali, Pamplona, Bogotá y Cúcuta -donde se negaron a recibirla-, Socorro, Sevilla, Caicedonia, Armenia, Manizales e Ibagué, entre los años 1995 y 2002.

Durante ese período, fue trasladada 17 veces a 12 cárceles del país, debido, según puntualizó el INPEC, a comportamientos indebidos suyos, que finalmente ella demostró obedecían a prejuicios sobre su orientación sexual. Luego de agotado el procedimiento, el 31 de marzo de 2014, la CIDH estableció un informe de fondo sobre el caso y concluyó que el Estado colombiano debía repararla.

Fue así como en dicho Informe, en su parte medular concluyó que el Estado de Colombia violó, en perjuicio de la señora Álvarez Giraldo, los derechos consagrados en los artículos 5.1 (derecho a la integridad personal), 11.2 (protección de la honra y de la dignidad), 8.1 (garantía judicial de toda persona de ser oída, dentro de un plazo razonable), 24 (igualdad ante la ley) y 25.1 (toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales que la ampare contra actos que violen sus garantías) de la Convención Americana en relación con las obligaciones estatales consagradas en los artículos 1.1 (deber de respetar los derechos y libertades) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de dicho instrumento.

Bajo esas condiciones, recomendó al Estado, aparte de reparar integralmente a la peticionaria, asegurar, a través del INPEC, que se garantice el derecho a la visita íntima de los privados de la libertad, sin que exista ningún tipo de discriminación por razón del sexo u orientación sexual.

Lo anterior destaca el tratamiento que debe tener la visita íntima y su categoría de derecho fundamental, no solo en la legislación interna a partir de las recomendaciones de la

CIDH[116], sino también en el ámbito internacional, partiendo de la Convención Americana de Derechos Humanos, y de otros instrumentos internacionales a los que se ha referido este Tribunal Constitucional en decisiones anteriores[117], que apunta a dejar claro que tal encuentro íntimo se convierte en la garantía de un derecho en el marco de la detención y va dirigido al fortalecimiento del vínculo familiar como mecanismo de resocialización, a la vez que protege el derecho a la intimidad y vida familiar durante la detención misma.

En el Informe de Fondo de la CIDH, esta enfatizó en que varias decisiones de los distintos órganos regionales de protección de derechos humanos han establecido que las restricciones al derecho a la vida privada y familiar de los privados de la libertad, tiene legitimidad en la medida en que se deriva de la naturaleza misma del encarcelamiento, ajustándose a los requisitos ordinarios y razonables del mismo[118]. En ese sentido, una de las formas a través de las cuales se materializa el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar de ellas, es la concesión de un régimen de visitas periódicas, que reúna los requisitos establecidos por las autoridades, en el marco de las competencias que les son atribuidas para hacer cumplir los fines esenciales de la privación de la libertad[119].

Sobre este aspecto, la Comisión ha establecido que “el derecho de visita es un requisito fundamental para asegurar el respeto de la integridad y libertad personal de los internos y, como corolario, el derecho de protección a la familia de todas las partes afectadas”[120].

Dentro de este concepto del derecho a recibir visitas, y bajo una acepción más amplia del derecho a la vida privada, en algunos ordenamientos internos se ha reconocido específicamente el derecho a la visita íntima de las personas sujetas a detención, siendo esta la forma de garantizar el ejercicio de la sexualidad, como el ámbito más íntimo de la persona, que no puede ser suprimido en forma absoluta.

También indicó la Comisión que existen ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser legalmente menoscabados por el ejercicio del poder público[121]; por tanto, el Estado debe asegurar que las visitas íntimas se realicen en condiciones mínimas de privacidad, higiene, seguridad y respeto por parte de las autoridades penitenciarias[122]. Específicamente la CIDH ha sostenido que:

“(…) los Estados deben garantizar que las visitas íntimas de pareja de reclusos y reclusas también se realicen en condiciones mínimas de higiene, seguridad y respeto por parte de

los funcionarios. Esto implica que deben crearse locales destinados a este propósito y evitar la práctica de que los reclusos y reclusas reciban a sus parejas en sus propias celdas. Además, los Estados deben supervisar adecuadamente y ejercer un monitoreo estricto de la forma como se llevan a cabo este tipo de visitas para prevenir cualquier tipo de irregularidad, tanto en la concesión de permisos de visitas conyugales, como en la práctica de las mismas”[123].

Adicionalmente, la Comisión entiende que en el contexto en el que se desarrolla el funcionamiento de un establecimiento penitenciario, no es solo razonable sino necesario que las autoridades penitenciarias exijan el cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos, como una de las formas que le permite al Estado cumplir con su obligación de lograr el control efectivo de los centros de reclusión[124]. Sin embargo, la imposición de requisitos para que los internos puedan acceder al derecho de visita íntima, debe realizarse de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado.

En suma, la Comisión Interamericana fue enfática en afirmar que la especial situación de garante que asume el Estado frente a las personas privadas de la libertad, exige crear condiciones necesarias para superar cualquier obstáculo que generalmente impide el acceso a ciertos derechos producto del contexto de discriminación al que se ven expuestas, sobre todo teniendo en cuenta que bajo estas circunstancias, es el Estado el que tiene la obligación de garantizar un control efectivo sobre la forma como se desenvuelve la vida de las personas en un centro penitenciario[125].

En esa misma línea, ha señalado que con ocasión de la clara relación o conexión que tiene la visita íntima con el desarrollo de otros derechos como la intimidad, la protección a la familia y la dignidad humana, la misma se configura en fundamental y solo debe ser sometida a restricciones bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Se advierte entonces que el tratamiento que los diferentes pronunciamientos de la Comisión dan a la visita íntima, y en el caso específico de Martha Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, la sitúan como derecho que ha de ser respetado contra toda injerencia arbitraria y que debe asegurarse bajo unas condiciones acordes a la dignidad del ser humano.

6.3. El derecho a la visita íntima desde la jurisprudencia nacional

El derecho de la visita íntima fue tratado desde los primeros pronunciamientos de la Corte y ha estado presente a lo largo de sus decisiones, incluso en aquellas que han declarado el estado de cosas inconstitucional de las cárceles colombianas, pues lo que ella encarna y su conexión con los derechos fundamentales de los privados de la libertad se ha visto afectada por la falta de espacios apropiados para el encuentro del interno con su pareja y por la poca disposición que se presta por las autoridades carcelarias a un tema crucial en la vida penitenciaria.

Esta Sala de Revisión hará entonces un recuento de las decisiones más importantes en la línea que ha construido la Corte Constitucional en torno al tema, para demostrar la evolución de la figura desde sus inicios y el alcance que tiene en la actualidad[126].

Desde su más temprana jurisprudencia, esta Corporación se ha encargado de dilucidar la naturaleza del derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad. Ha indicado, por ejemplo, que esta tiene relación directa con los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y por tanto, a los derechos sexuales y reproductivos, así como al derecho al libre desarrollo de la personalidad, de manera que se ha venido consolidando como un derecho autónomo dentro del marco de estos derechos. Así lo afirmó en la Sentencia T-424 de 1992[127] y lo reiteró en la T-222 de 1993[128], donde además destacó el principio de la dignidad humana como criterio orientador del Estado.

El primero de los casos[129], se contrajo a la denuncia presentada por un interno de la Penitenciaría “Peñas Blancas” de Calarcá. Expuso el recluso que en ese centro carcelario se exigía a los detenidos por parte de las directivas, la expedición de un carné que debía contener el nombre del visitado, de la visitante y una foto de esta adherida al mismo, como exigencia para que aquel pudiera disfrutar de la visita. El demandante ponía de manifiesto que tal carné no era un sistema de control higiénico de la salud sexual suya y de su compañera, sino una manera de obstaculizar la libre escogencia de su amiga íntima.

En el segundo de los casos[130], se trató el de un recluso de la Cárcel Distrital de Bogotá, que se quejó de que a diferencia de los otros centros de reclusión del país, allí no se tenían establecidas las visitas íntimas.

En ambas decisiones, este Tribunal señaló que el derecho a las visitas íntimas de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado

por las propias características que involucra su permisión, entre las que está contar con instalaciones físicas adecuadas, privacidad, higiene y seguridad, entre otras[131].

La Corte también ha explicado que la visita íntima fortalece los vínculos de pareja y el derecho a la unidad familiar en particular, lo que destacó no solo en la Sentencia en la que por vez primera decretó el estado de cosas inconstitucional en las cárceles colombianas - T-153 de 1998-, sino también con posterioridad en la Sentencia T-269 de 2002, donde reconoció que el derecho a la visita íntima, si bien no es el único mecanismo para mantener la unidad familiar, sí es propicio y necesario para fortalecer los vínculos de la pareja.

En esa providencia, la Corte estudió el régimen de visitas íntimas y sostuvo que estas constituyen un derecho fundamental limitado por las propias características que involucra el permitir las al interior de cada establecimiento, esto es, contar con instalaciones físicas adecuadas, privacidad e higiene. Además con el propósito de cumplir con todas las normas de seguridad los internos se encuentran sujetos a una serie de restricciones propias de los regímenes carcelario y disciplinario[132].

En la Sentencia T-499 de 2003, la Corte dejó claro que la falta de regulación sobre el tema de la visita íntima, no puede llevar a las autoridades penitenciarias a establecer condiciones desproporcionadas para los privados de la libertad, como la exigencia de adoptar una determinada condición sexual mayoritaria, un pasado judicial o el hallarse también sujeto a detención pero disfrutando de un beneficio administrativo[133], donde indicó, citando lo expuesto por esta Corporación previamente[134], que tanto para aquellos reclusos que tengan conformada una familia como para los que no, el derecho a la visita íntima constituye un desarrollo claro del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Señaló igualmente que una de las facetas en las que se ve plasmado el derecho al libre desarrollo de la personalidad es la sexualidad del ser humano, que debe verse de una manera integral teniendo en cuenta, por tanto, el aspecto corporal o físico. Si bien la privación de la libertad conlleva una reducción del campo del libre desarrollo de la personalidad, no lo anula.

Bajo esa perspectiva, y tal como lo sustentó en el año 2005[135], este Tribunal puso de presente que el soporte de la visita íntima, se deriva de la interpretación armónica de los derechos a la vida en condiciones dignas. Por ello es que ha señalado que a partir de la

clara relación que tiene ésta con el desarrollo de otras garantías como la intimidad, la protección a la familia y la dignidad humana, la misma se configura en fundamental y solo debe ser sometida a restricciones bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por otra parte, la visita íntima también ha sido vinculada con el derecho al libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 16 de la Carta, como se indicó en la Sentencia T-566 de 2007, donde se señaló que la relación física de los reclusos es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúan protegidos en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad. Más adelante, la Corte ratificó que la visita íntima es un “derecho fundamental limitado”, cuyo soporte constitucional se deriva de la interpretación armónica de los derechos a la vida en condiciones dignas, la intimidad personal y familiar, al libre desarrollo de la personalidad y a la unidad familiar[136].

En dicha ocasión se expuso que es un derecho fundamental limitado, en tanto los beneficiarios de la visita, esto es, visitante e interno, tienen que ser sometidos a requisas, a las condiciones de seguridad de la prisión, y a los requisitos propios para obtener el permiso, al igual que a las fechas y horarios, es decir, tiene tal raigambre no solo por las condiciones propias de la privación de la libertad, sino porque su ejercicio está sometido a un conjunto de condiciones de periodicidad, salubridad, seguridad e higiene del lugar donde ha de realizarse.

En este sentido, vale recordar que, como ya lo refirió la Corporación[137], las limitaciones del derecho a la visita íntima son de dos tipos: De un lado, las normativas que surgen de la ponderación de derechos fundamentales en conflicto, pues ningún derecho es absoluto y como consecuencia de ello en su interpretación o su aplicación, pueden ser válidamente limitados. Del otro, las fácticas, esto es, “barreras prácticas que impiden fácticamente la realización del derecho, no porque esté ordenada tal limitación, sino porque en las condiciones existentes no es posible una realización plena del derecho. Ejemplo de lo anterior es la falta de desarrollo económico, social y político que permita la satisfacción plena de la faceta positiva o prestacional de un derecho fundamental”.

Empero, con el fin de que se ejercite de manera eficaz el derecho, una vez se conceda la visita íntima a favor de una persona privada de la libertad, se debe proteger estrictamente

la órbita de dignidad humana que implica y que tiene altas repercusiones no solo como un derecho del interno sino también a favor de quien acude a la visita.

En la Sentencia T-274 de 2008, la Corte recalcó que el derecho a la intimidad previsto en el artículo 15 de la Constitución, permite afirmar que la privacidad de los reclusos no puede ser ignorada y la visita íntima debe otorgarse “bajo condiciones de periodicidad, intimidad, salubridad y seguridad, en la medida en que lo permitan las limitaciones mismas que se derivan de la reclusión y las normas que regulan la materia”, garantizándose de esta forma el goce y disfrute efectivo de los derechos consagrados en la Carta.

Pero como se ha sostenido también por las diferentes Salas de Revisión[138], si bien la visita íntima puede ser limitada hasta tanto se cuente con las condiciones locativas, sanitarias, de privacidad y seguridad que permitan asegurar las condiciones óptimas para su ejercicio, los encargados de autorizarlas no pueden anular su ejercicio o impedir que se ejerza, ni tampoco pueden restringirla “en virtud de la libre opción sexual que haya tomado el interno o la interna”[139]. De tal manera que, es obligación de las autoridades públicas eliminar los obstáculos administrativos y físicos que impidan al recluso el disfrute de ese espacio de privacidad al que tiene derecho.

En la Sentencia T-474 de 2012 este Tribunal abordó el caso de una pareja de privados de la libertad reclusos en cárceles de Medellín (ella en El Pedregal y él en Bellavista), a los que el INPEC cada mes les proveía los medios para su encuentro íntimo, pero a inicios de 2011 se suspendieron por el traslado de él para la penitenciaría de Yarumal.

A pesar de que cada uno, por su lado, presentó peticiones al INPEC para que permitiera el traslado de alguno de ellos a la cárcel del otro, no existía presupuesto para ello, recomendando acudir a los medios tecnológicos para mantener el contacto, o a comunicaciones escritas o telefónicas, lo que motivó que la Corte recordara que dado que la visita íntima se relaciona con la efectividad de los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, y coadyuva con la función resocializadora de la pena, se hace esencial para el recluso poder relacionarse con su pareja, pues el impedirlo afecta no solo el aspecto físico sino el psicológico.

Recalcó que si bien el derecho a la visita íntima puede ser restringido por medidas que busquen garantizar la seguridad de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, pues

con esto se busca un fin legítimo, esto es, mantener el control y la disciplina en los centros de reclusión, dichos mecanismos no pueden constituir un obstáculo que dificulte o haga nugatorio el ejercicio del derecho a la misma.

Destacó que como la ley ha regulado el derecho a tal encuentro y ha sentado que debe hacerse efectivo al menos una vez al mes, ese contenido específico del derecho, por haber recibido concreción legislativa y reglamentaria, debe ser garantizado con independencia de los problemas de recursos, pues al momento de dictar las normas jurídicas relacionadas con su ejercicio, se debió prever su correspondiente financiación.

Concluyó que como la visita íntima está concebida como aquel espacio que brinda a la pareja un momento de cercanía, privacidad personal y exclusividad, no puede ser reemplazado por ningún otro medio, como podrían ser las visitas que se realizan en un patio o en espacios compartidos con más reclusos, o la comunicación virtual a través de medios tecnológicos.

La Sentencia T-266 de 2013 hizo énfasis en el estrecho vínculo que tiene la visita íntima con los derechos a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, aparejados a una vida en condiciones dignas, lo que ha venido reiterando en sus decisiones la Corte, pues acerca del tema al que se contrae la Sala, se ha tejido una línea de criterios sobre la protección de esta garantía, calificándola como un derecho fundamental por conexidad por su relación directa con los fundamentales ya indicados[140].

La Sentencia T-815 de 2013, por su parte, profirió varias órdenes a distintos entes nacionales, luego de que se advirtiera la grave situación que se evidenciaba en la cárcel La Picota de Bogotá para la realización de los encuentros íntimos de las parejas, ya que para ello se utilizaba el piso, cambuches o rincones sin el mínimo de privacidad para su ejercicio.

Al evidenciar un trato indigno[141], la Corte Constitucional le ordenó al INPEC que presentara en 72 horas un plan de contingencia o de choque para resolver la situación al encontrar vulnerados los derechos sexuales de los reclusos, así como la vida digna, la intimidad, la salud, la integridad física y psicológica, entre otros, plan que se dispuso como medida provisional mientras se realizan obras de fondo que solucionen este tema en el penal y se adecúan estos lugares[142], tal y como estipula el Código Penitenciario y

Carcelario.

Para la Corte Constitucional “exigirle que un tercero, con quien evidentemente no desea ya tener un vínculo afectivo, debe manifestar su consentimiento para que su visita no se realice es imponerle una carga desproporcionada e irrazonable que implica no solo el desconocimiento de sus derechos, sino una arbitrariedad”[143]. Allí, la Corte fue contundente en establecer que el derecho a la visita íntima de las personas que se encuentran privadas de la libertad es una relación jurídica de carácter fundamental, derivada de otras garantías como son la intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de la personalidad en su faceta de libertad de sostener relaciones sexuales, presupuestos que hacen parte del proceso de resocialización al que está sometido el individuo, así como de su bienestar físico y psíquico.

Abordando el tema de la sexualidad como parte del derecho a la vida en condiciones dignas y al libre desarrollo de la personalidad, esta Corporación señaló en dicha decisión, que el Estado a través de los centros penitenciarios y carcelarios está obligado no solo a respetar el desarrollo sexual de los internos, sino también a contribuir positivamente a su ejercicio, porque de esta manera también garantiza el derecho a la vida en condiciones dignas. Precisamente como garantía de esto último es que a los reclusos y a sus parejas se les otorga un espacio privado en las instituciones carcelarias, para que compartan emocional y físicamente con quien elijan.

Concluyó la Corte que las autoridades públicas, sin más requisitos que los que exige el reglamento, deben permitir a los reclusos disfrutar de una visita íntima con la pareja que eligieron para relacionarse afectiva y sexualmente, por lo que cuando estos deciden terminar el vínculo y a raíz de ello solicitan la cancelación de una visita íntima que fue previamente concedida, no es necesaria la manifestación expresa de ambas partes, basta una de ellas, porque la decisión de terminar una relación hace parte de esa autonomía, independencia y libertad que conserva el interno y es un aspecto personalísimo que debe ser respetado.

Así que sin importar la condición de imputado o condenado del privado de la libertad, el Estado tiene la obligación de facilitar el contacto entre los reclusos y sus parejas y de respetar el mismo contra toda interferencia abusiva y arbitraria en los derechos

constitucionales fundamentales que se derivan de ese derecho, en tanto se halla vinculado a garantías de orden fundamental que confluyen en el trato digno que merece el privado de la libertad.

En suma, el derecho a la visita íntima se encuentra ligado a garantías fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad, a la unidad familiar, a la vida privada y a la sexualidad, que ha de respetarse, porque a pesar de que es un derecho restringido o limitado debido a la condición de privación de la libertad de la persona, esa restricción solo debe ser proporcional, razonable y necesaria y, por tanto, justificada.

Asimismo, no puede descartarse la fundamentalidad de tal derecho porque de él emanan otras garantías de esa estirpe, y la conexión que tiene con la finalidad de la privación de la libertad, permite asegurar que es uno de los ámbitos de desarrollo que debe procurarse a los reclusos, debiendo el Estado, por la obligación que tiene de garantizar un control efectivo sobre la manera en que se desarrolla la vida en una prisión, asegurarse de que no se impongan barreras que impidan su ejecución.

6.4 Reiteración de jurisprudencia. La facultad discrecional de las autoridades encargadas de trasladar internos para la visita íntima

Como se explicó, la Corte ha sido enfática al establecer que el derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad, a pesar de ser un derecho fundamental, no puede ser limitado debido a las especiales condiciones de sujeción en que se encuentran los reclusos. En este sentido ha dispuesto que la restricción del derecho a la visita íntima debe ser razonable y proporcional, pues si bien las autoridades carcelarias tienen un importante margen de discrecionalidad al tomar las medidas que se requieren para controlar la seguridad, disciplina y el orden en los establecimientos de reclusión, esa facultad no puede confundirse con la arbitrariedad en sus decisiones, de tal forma que todas las medidas adoptadas deben dirigirse a conseguir los fines del tratamiento penitenciario[144].

Cuando el artículo 112 del Código Penitenciario y Carcelario que regula el tema de las visitas fue demandado, se declaró exequible por la Corte en la sentencia C-394 de 1995 bajo el entendido que: “Los incisos primero y sexto del artículo 112, son ajustados a la Carta por cuanto la regulación de las visitas se hace en virtud de la seguridad y de la especialidad de la vida carcelaria. Por ello, el régimen de visitas tiene que estar regulado y vigilado, sin

menoscabar el núcleo esencial del derecho a la intimidad, en cuanto sea posible. Una libertad absoluta de visitas impediría el normal desarrollo de la vida penitenciaria, y además facilitaría el desorden interno, con detrimento de la seguridad, tanto del establecimiento como de la ciudadanía”.

Por esa razón, se ha concluido que a pesar de que la visita íntima es un derecho fundamental limitado, los establecimientos carcelarios deben hacer todo lo posible para que el interno tenga contacto permanente con su familia (mediante visitas y comunicaciones) y, en especial, adelante las medidas que estén a su alcance para facilitar su encuentro.

Ello se deriva de la propia regulación legal, en tanto, la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario) y el Reglamento General del INPEC (Acuerdo 0011 de 1995), confirieron facultades a los directores de los centros de reclusión para conceder las visitas íntimas solicitadas por los internos, establecer las condiciones para que se lleven a cabo y suspenderlas cuando se presenten los eventos citados en el mismo reglamento.

Bajo esa consideración, la actuación administrativa es reglada y sus actos administrativos deben ser motivados con fundamento en las garantías constitucionales, legales y jurisprudenciales, es decir, los requisitos que puede exigir la administración para negar o conceder el goce de la visita íntima no pueden ser más que los señalados en la norma que los faculta; de lo contrario, si la actuación no se justifica como medio para alcanzar los fines socialmente propuestos, se entiende que va en contravía del orden constitucional vigente.

Así, el derecho a la visita íntima puede ser restringido por la autoridad competente con base en normas aplicables al caso, puesto que la autoridad carcelaria goza de un margen importante de discrecionalidad en su decisión, principalmente cuando se trata de evaluar las condiciones de seguridad del traslado de internos y otras relacionadas con la disciplina, la higiene o la situación que pueda estarse presentando en el establecimiento en donde ha de practicarse.

Así, se ha indicado que la restricción del derecho a la visita íntima es válida constitucionalmente si “existe razón suficiente para aplicarlo, en especial, a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo”[145]. En otras palabras, la decisión de negar o suspender transitoriamente el derecho a dicho encuentro es discrecional por parte

del director de un complejo carcelario y penitenciario si se fundamenta en motivos razonables y proporcionados, consistentes en la omisión del cumplimiento de alguno de los requisitos señalados en el reglamento del establecimiento carcelario o si, del análisis serio y detenido de las circunstancias de seguridad, higiene y disciplina de la cárcel, puede deducirse su impertinencia o inconveniencia.

De modo contrario, la negativa del derecho no fundamentada en motivos razonables y proporcionales, es una decisión arbitraria, puesto que las autoridades competentes tienen el deber de facilitar el ejercicio del derecho a la visita íntima y de propender porque ésta se ajuste a los derechos fundamentales del recluso.

A este respecto desde la Sentencia T-269 de 2002[146], refiriéndose a condenados, la Corte indicó que los directores de los centros carcelarios deben decidir las solicitudes de la visita íntima que realizan los internos sustentándose en los principios constitucionales y legales que las reglamentan, porque la relación física entre el recluso y su visitante es uno de los ámbitos del libre desarrollo de la personalidad que continúa protegido aún en prisión, a pesar de las restricciones legítimas conexas a la privación de la libertad.

Por manera que los requisitos que puede exigir la administración para negar o conceder el encuentro de la pareja no pueden ser más que los señalados en la norma que los faculta, por lo que no es posible aceptar la limitación de los derechos fundamentales con miras a observar un requisito que no se encuentra previsto en una norma.

Se reitera que la jurisprudencia de esta Corte, ha indicado que las medidas administrativas orientadas a restringir el ejercicio de derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad deben ser razonables, útiles, necesarias y proporcionales a la finalidad que busca alcanzar la relación de sujeción de los reclusos frente al Estado.

6.5 La visita íntima de quienes se encuentran en centro de reclusión y cuentan con pareja en detención domiciliaria

La Sala hará la distinción que enseguida se destaca, en tanto se hace necesaria de cara al caso que ahora concita su atención, debido a la particularidad de la situación expuesta y no abordada con suficiencia previamente por la Corte.

6.5.1 Diferenciación entre personas condenadas y con medida de aseguramiento. La autoridad a cargo de la que se encuentra la autorización para la visita íntima de las personas con medida de aseguramiento intramural y domiciliaria

En términos generales, la jurisprudencia de la Corte ha hecho alusión al tema de la visita íntima de personas que se encuentran privadas de la libertad en los distintos establecimientos de reclusión colombianos, que ha llevado a que esta Corporación encamine sus decisiones sin establecer distinciones entre quienes están detenidos con ocasión de una medida de aseguramiento y quienes lo están por la imposición de una pena de prisión.

Ello ha permitido que las decisiones esbocen de manera general el asunto y que se plantee la discusión en un escenario de resocialización y en el marco de la función de la pena, partiendo también de la base de que para que esa reincorporación a la sociedad se dé efectivamente, el recluso deba contar con una serie de garantías que le aseguren un plan hacia futuro, consolidando sus lazos familiares, entre otros aspectos. Allí entra en juego el derecho a recibir visitas en cabeza de la población privada de la libertad.

Sin embargo, como al caso que ahora aborda esta Sala se relaciona con la visita conyugal de dos esposos que se encuentran privados de la libertad sin aún ser condenados, es decir que sobre ellos aún rige la presunción de inocencia, es menester realizar tal diferenciación, pues cuando se trata de personas que están purgando su pena, es el director del centro de reclusión donde se hallan, el que autoriza tal encuentro luego de que ha pasado el asunto por la Dirección Regional del INPEC correspondiente.

Ello, bajo el entendido de que la persona se encuentra a disposición del juez de ejecución de penas para efectos judiciales, y del INPEC para los administrativos, de donde se desprende que la facultad de su traslado de establecimiento carcelario, su permanencia en él o las situaciones propias de la privación de la libertad que no cambien las condiciones de expiación de la pena, se encuentren radicadas en el INPEC o en los directores de tales reclusiones, dependiendo de la categoría del sitio de detención donde se halle la persona.

En lo que atañe a la visita íntima, ella se autoriza o se niega por el respectivo director del centro penitenciario, con las limitaciones expuestas en el capítulo anterior, en donde se dejó claro que como se trata de una actividad reglada, ella no puede ser arbitraria, y su

negativa o su concesión ha de estar soportada en criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad a la finalidad que busca alcanzar la relación de sujeción de los reclusos frente al Estado, esto es, su resocialización y la conservación de la seguridad carcelaria.

De acuerdo a las exigencias de este caso, se hace obligatorio que la Corte precise el tema y realice una distinción en torno a la visita íntima cuando se da entre personas que no han sido aún condenadas, es decir, que están sujetas a una medida de aseguramiento según el sistema procesal de la Ley 906 de 2004, porque como se indicó, los asuntos que ha estudiado no realizan una diferenciación en tal sentido y menos aún se ha hecho referencia a lo que sucede cuando quien pretende visitar al interno se encuentra en detención domiciliaria.

Y lo hará también con la finalidad de que autoridades carcelarias y judiciales cuenten con guías o parámetros normativos y reglamentarios que les permitan resolver de una manera proactiva un tema como el que en esta providencia se ha dedicado a estudiar la Sala debido a su importancia en el marco de las condiciones de reclusión actuales en nuestro país y a las dificultades propias de la institución que se encarga de su custodia, esto es, el INPEC, en tanto el número de la población carcelaria ha desbordado su capacidad operativa.

Lo anterior, teniendo en consideración además la crisis que vive el sistema carcelario actual y que ha sido reconocido por este Tribunal ya en tres ocasiones distintas en donde ha decretado el estado de cosas inconstitucional[147], y que ha llevado a que las órdenes dadas al INPEC puedan implicar el traslado de personas de un lugar a otro, en aras de descongestionar los establecimientos, o a adoptar medidas internas que tengan que ver con el movimiento de los condenados intramuros o en prisión domiciliaria, para efectos de remisiones médicas, judiciales y demás.

Este, que es un problema estructural, no puede ser dejado de lado, cuando la situación particular de la accionante puso de manifiesto una compleja situación a la que se enfrentan las personas reclusas que solicitan la autorización para visita íntima, y que se quedan a la espera de que las cárceles agoten el trámite o remitan la solicitud a las autoridades judiciales, siendo necesario que en este sentido esta Corporación les brinde a todas una posibilidad que les permita afianzar en la protección de los derechos de una población como

la privada de la libertad, impidiendo que las distintas diligencias que se inicien hagan nugatorios sus derechos.

De igual manera hará referencia la Corte a este aspecto puntual, en tanto, independientemente de la situación jurídica por la que atraviesa la persona privada de la libertad, luego de los trámites pertinentes, es el INPEC el encargado de la realización de la visita íntima, y en su ejecución, periodicidad, duración, lugar y condiciones en que ha de llevarse a cabo, debe tener en consideración el Código Penitenciario y Carcelario, el Reglamento General del INPEC, los Reglamentos de cada establecimiento y los lineamientos que ha trazado la Corte Constitucional en sus distintas decisiones, así como las premisas de orden internacional.

La Ley 65 de 1993 desde el momento de su expedición, regulaba el tema de las visitas en términos generales[148], dentro de las que se encontraba la visita íntima, y mencionaba que los sindicados tenían derecho, entre otros, a recibir visitas, autorizadas por fiscales y jueces competentes, de sus familiares y amigos, sometiéndose a las normas de seguridad y disciplina establecidas en el respectivo centro de reclusión.

Sobre el horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se llevaran a cabo, especificó la norma que serían reguladas por el régimen interno de cada establecimiento de reclusión, según las distintas categorías de dichos centros y del mayor o menor grado de seguridad de los mismos.

Con la modificación introducida por el artículo 73 de la Ley 1709 de 2014, y ya en vigor el Sistema Acusatorio de la Ley 906 de 2004, en lo atañe al tema de que se ocupa la Sala, así lo regula la norma hoy en día:

“Art. 112. Régimen de visitas. Las personas privadas de la libertad podrán recibir una visita cada siete (7) días calendario, sin perjuicio de lo que dispongan los beneficios judiciales y administrativos aplicables (...)

El ingreso de los visitantes se realizará de conformidad con las exigencias de seguridad del respectivo establecimiento penitenciario, sin que ello implique la vulneración de sus derechos fundamentales. Las requisas y demás medidas de seguridad que se adopten deben darse dentro de un marco de respeto a la dignidad humana y a la integridad física.

Las requisas se realizarán en condiciones de higiene y seguridad. El personal de guardia estará debidamente capacitado para la correcta y razonable ejecución de registros y requisas. Para practicarlos se designará a una persona del mismo sexo del de aquella que es objeto de registro, se prohibirán las requisas al desnudo y las inspecciones intrusivas; únicamente se permite el uso de medios electrónicos para este fin.

El horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se lleven a cabo las visitas serán reguladas por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) (...)

La visita íntima será regulada por el reglamento general según principios de higiene y seguridad (...)”[149].

Esa norma, expedida el 19 de agosto de 1993, llevó a su vez a que en el Reglamento General del INPEC, esto es, el Acuerdo 0011 del 31 de octubre de 1995, el tema de visita íntima de quienes no han sido condenados, fuera regulado de esta manera:

“ARTÍCULO 29. Visitas íntimas. Previa solicitud del interno o interna al director del centro de reclusión se concederá a aquel una visita íntima al mes, siempre que se den los requisitos señalados en el artículo siguiente:

Los visitantes y los visitados se someterán a las condiciones de seguridad que establezca el establecimiento.

Cada establecimiento procurará habilitar un lugar especial para efectos de la visita íntima. Mientras se adecuan tales lugares, ellas se podrán realizar en las celdas o dormitorios de los internos.

Antes y después de practicarse la visita, tanto el interno como el visitante serán objeto de una requisa que se practicará de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 65 de 1993. De conformidad con el artículo 22 del presente reglamento, los visitantes no podrán ingresar elemento alguno a la visita”.

“ARTÍCULO 30. Requisitos para obtener el permiso de visita íntima.

1. Solicitud escrita del interno al director del establecimiento en el cual indique el nombre, número de cédula de ciudadanía y domicilio del cónyuge o compañero(a) permanente visitante.

2. Para personas sindicadas, autorización del juez o fiscal. En caso de que la visita íntima requiera de traslado de un interno a otro centro de reclusión donde se encuentre su cónyuge o compañero(a), se hará constar este permiso que concede la autoridad judicial. El director del establecimiento y el comandante de vigilancia dispondrán lo necesario para garantizar la seguridad en el traslado, siempre y cuando ello sea posible.

3. Para personas condenadas, autorización del director regional. En caso de que se requiera traslado de un interno a otro centro de reclusión, el director regional podrá conceder este permiso, previo estudio de las circunstancias. El director del establecimiento y el comandante de vigilancia dispondrán lo necesario para garantizar la seguridad en el traslado.

4. El director de cada establecimiento verificará el estado civil de casado(a) o la condición de compañero(a) permanente del visitante. Cada establecimiento penitenciario y carcelario deberá establecer un registro con la información suministrada por el interno acerca de la identidad del visitante, a efectos de controlar que la visita se efectúe en todo caso por la persona autorizada"[150].

A partir de la expresión legal y reglamentaria e incluso de la modificación introducida con la Ley 1709 de 2014[151], debe la Sala destacar, para los efectos de la visita íntima de procesados bajo el sistema penal actual, que dependiendo del estado del proceso judicial, corresponderá la autorización de su realización al juez de control de garantías desde que inicia la actuación hasta luego de impuesta la medida de aseguramiento, o al juez de conocimiento desde que este asume el asunto objeto de debate.

Es decir, corresponde en principio al funcionario judicial definir lo concerniente a la realización del encuentro íntimo en aplicación de dicha proposición normativa.

De tal manera que cuando una persona se encuentra en prisión domiciliaria, ha de solicitar la autorización de visita íntima ante el juez correspondiente, esto es, ante el juez de control de garantías desde el inicio de la actuación hasta luego de impuesta la medida de

aseguramiento, o ante el juez de conocimiento desde que este asume la etapa correspondiente, esto es, la fase de conocimiento.

El fundamento de lo anterior radica en que si se trata de una persona a la que no le ha sido impuesta pena, debe regularse por el trámite dispuesto en el artículo 30 del Acuerdo 0011 de 1995, esto es, la autorización del juez respectivo. Si bien la norma indica que debe contar con “autorización del juez o fiscal”, en el sistema procesal actual de la Ley 906 de 2004, es el juez la única autoridad que puede tener bajo detención a una persona, bien porque le haya impuesto medida de aseguramiento como juez de control de garantías, o porque haya emitido boleta de cambio como juez de conocimiento, y por tanto, esté sujeto a esa autoridad. El fiscal, pues, no puede otorgar tal autorización.

De igual manera, en caso de que la visita íntima requiera del traslado del interno a otro centro de reclusión donde se encuentre la persona con la que se producirá el encuentro, dispondrá la remisión respectiva, cuyo cumplimiento estará a cargo, como es debido, del INPEC.

De modo que será el juez correspondiente el que determine si autoriza o niega la visita íntima, para lo que debe remitirse a lo que dispone la norma sobre el particular, sin que pueda ofrecer motivos extraños a la norma que regula el tema. Será el INPEC, como autoridad administrativa, el encargado de la materialización de tal orden.

6.5.2 Las condiciones para el ejercicio adecuado de la visita íntima a cargo de la autoridad administrativa

La Corte ha dado unas pautas precisas en las diferentes decisiones que ha adoptado a lo largo de su jurisprudencia, entre las que se encuentra la Sentencia T-815 de 2013, que realizó un análisis riguroso del tema y estableció unos mínimos de dignidad o condiciones materiales concretas de existencia para el ejercicio de una visita íntima digna, enlistando las siguientes: i) privacidad; ii) seguridad; iii) higiene; iv) espacio; v) mobiliario; vi) acceso a agua potable; vii) uso de preservativos; y, viii) instalaciones sanitarias.

Se indicó que una vez se conceda la visita íntima a favor de un recluso, se debe proteger estrictamente la órbita de dignidad humana que implica y que tiene altas repercusiones no solo como un derecho del interno sino también a favor de los derechos del ciudadano

común que acude a la visita. Se especificó en aquella sentencia que una visita íntima que tenga lugar sin los anteriores condicionamientos mínimos, vulnera los principios rectores de cualquier regulación carcelaria. Lo anterior implica que cuando una visita íntima no comprende factores como privacidad, seguridad, higiene, espacio, mobiliario, acceso a agua potable, uso de preservativos e instalaciones sanitarias, vulnera las garantías constitucionales, los derechos humanos y el principio de dignidad humana.

La sentencia T-815 concluyó que la naturaleza del derecho a la visita íntima implica que éstas tengan lugar en un sitio especial, seguro, limpio, acondicionado para el efecto, reservado y diferenciado de aquel en el cual se encuentran los internos habitualmente, y por tanto, el Estado como sujeto ubicado en posición jerárquica superior no puede sustraerse del deber que le asiste consistente en crear las instalaciones adecuadas para que las visitas tengan lugar dignamente, sin que las parejas tengan que ingresar a áreas inadaptadas y destinadas a otro tipo de labores penitenciarias y/o carcelarias.

En esta misma línea, el citado Informe de Fondo de la CIDH precisó que como el encuentro íntimo va dirigido al fortalecimiento del vínculo familiar y protege el derecho a la intimidad y a la sexualidad durante la detención, y existen ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser legalmente menoscabados por el ejercicio del poder público, el Estado debe asegurar que las visitas íntimas se realicen en condiciones mínimas de privacidad, higiene, seguridad y respeto por parte de las autoridades penitenciarias.

Lo anterior se traduce, como lo especificó la Comisión Interamericana, en la destinación de locales para tal propósito y que estos se encuentren en unas condiciones acordes a la dignidad humana.

En términos de la CIDH ya referidos en esta providencia, los Estados deben garantizar que las visitas íntimas se realicen en condiciones mínimas de higiene, seguridad y respeto por parte de los funcionarios, lo que conlleva, aparte de contar con espacios adecuados destinados a este propósito, a supervisar adecuadamente y ejercer un monitoreo estricto de la forma como se llevan a cabo este tipo de visitas para prevenir cualquier tipo de irregularidad, tanto en su concesión como en su práctica.

Habrà de reiterarse que corresponde al INPEC garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos carcelarios, y por tanto, ha de ejercer una vigilancia sobre la forma en la

que se practican las visitas íntimas, lo que también supone que debe asegurarse que las condiciones en las que se llevan a cabo se encuentren acordes con la dignidad humana.

La especial situación de garante que asume el Estado frente a las personas privadas de la libertad, como lo refirió la CIDH en el Informe de Fondo referenciado, exige crear condiciones necesarias para superar cualquier obstáculo que impida el acceso a ciertos derechos, entre los que se encuentra el de facilitar la visita de la que ha de gozar el recluso.

6.5.3 Las condiciones mínimas para el ejercicio de la visita íntima, entre ellas las de higiene y seguridad, no pueden llegar a convertirse en un obstáculo o restricción para negar el derecho a la visita íntima sino que son una garantía para la persona privada de la libertad y deben estar en cabeza de la institución carcelaria y no del solicitante.

Como se especificó en el capítulo anterior, se han establecido unas exigencias mínimas para que el ejercicio de la visita íntima resulte acorde con los derechos humanos. La Sentencia T-815 de 2013 referenciada, fue enfática a este respecto y determinó que para que en la práctica no se lesione o menoscabe la dignidad humana, deben darse ocho condiciones materiales concretas referidas a privacidad, seguridad, higiene, espacio, mobiliario, acceso a agua potable, uso de preservativos e instalaciones sanitarias.

Indicó que un encuentro íntimo que no tenga en cuenta tales condicionamientos vulnera los principios rectores de cualquier regulación carcelaria. Citando a la Corte Interamericana, indicó que cuando una visita íntima no comprende tales factores, vulnera las garantías constitucionales, los derechos humanos y el principio de dignidad humana. Bajo esas condiciones, las visitas íntimas deben llevarse a cabo en un ambiente que ofrezca unos mínimos de humanidad, en un sitio especial, seguro, limpio, acondicionado para el efecto, reservado y diferenciado de aquel en el cual se encuentran los internos habitualmente.

Por tal razón se ha indicado que es obligatorio que el Estado cuente con locales independientes destinados a tal fin, en los cuales se garanticen estándares mínimos internacionales en la materia y se respete la dignidad humana inherente a la persona privada de la libertad y los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la libertad sexual, a la libre orientación sexual, al fortalecimiento del vínculo familiar y al contacto íntimo con otra persona de su elección, sin discriminaciones de ningún tipo por

razones de género, sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión.

Esas condiciones, debe dejarlo claro la Corte, no pueden llegar a convertirse en un obstáculo o restricción para negar el derecho a la visita íntima, porque son una garantía para el privado de la libertad, que implica que el encuentro que programará con su pareja, se dará en unas condiciones óptimas y acordes con su dignidad como persona. De modo que el Estado tiene una obligación importante a este respecto, porque el que un establecimiento de reclusión no cuente con tales condicionamientos, no puede ser obstáculo para que no se lleve a cabo la visita íntima.

El cumplimiento de esas exigencias debe estar a cargo del Estado, porque como se ha venido explicando, éste tiene con los detenidos una relación de especial sujeción, que implica que al privar de la libertad a una persona, se constituye en el garante de los derechos que no son restringidos por el acto de su detención, y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias de imperativa observancia[152]. Dicha suspensión o restricción debe llevarse a cabo bajo los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad[153].

De acuerdo con lo expuesto, si bien los administradores del sistema carcelario cuentan con potestades para regular la visita íntima, su ejercicio no puede sacrificar derechos que no han sido suspendidos con ocasión de la privación de la libertad y, por el contrario, constituyen garantías constitucionales a su favor. Es decir, los derechos a la intimidad personal y familiar, y al libre desarrollo de la personalidad de los internos constituyen un límite a las actuaciones de los directores que administran los centros de reclusión.

La Corte ha consolidado algunos parámetros que explican esa potestad que radica en cabeza de las autoridades penitenciarias y carcelarias, siendo necesario[154] que la subordinación se dé, de una parte (los internos) a la otra (el Estado)[155]; que ello se concreta en el sometimiento del recluso a un régimen jurídico especial, controles disciplinarios y administrativos, y la posibilidad de restringir el ejercicio de ciertos derechos, inclusive fundamentales; y que tal régimen, en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales, debe ser autorizado por la Carta Política y la ley.

De igual forma, que la finalidad del ejercicio de la potestad y limitación en mención es la de

garantizar los medios para el ejercicio de los otros derechos de las personas privadas de la libertad, buscando cumplir con el objetivo principal de la pena, que es la resocialización; que como derivación de la subordinación, surgen algunos derechos especiales[156], en cuanto a las condiciones materiales de existencia en cabeza de los internos; y que es deber del Estado respetar y garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales, en especial con el desarrollo de conductas activas.

Lo anterior se traduce en que la potestad del Estado de limitar algunos derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad no es absoluta, en tanto siempre debe estar dirigida a hacer efectivos los fines esenciales de la relación penitenciaria, esto es, la resocialización del recluso y la conservación del orden, la disciplina y la convivencia dentro de las prisiones[157]. En esa medida, aunque la restricción de los derechos de los internos es de naturaleza discrecional, ésta encuentra su límite en la prohibición de toda arbitrariedad y, por lo tanto, debe sujetarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad[158].

De modo entonces que el aseguramiento de esas condiciones mínimas en que ha de ejecutarse la visita íntima debe estar en cabeza de la institución carcelaria y no del solicitante, y más aún, no puede permitirse que el no contar con ellas sirva como argumento para negar la realización del encuentro de la pareja.

Si llegare a ocurrir tal cosa, esto es, que el Establecimiento Penitenciario no cuenta con el espacio adecuado para la visita íntima y no se cumplen las exigencias descritas, es claro que el mismo centro de reclusión deberá buscar la forma de que dicho encuentro se lleve a término, porque la realización de un derecho fundamental como el tratado, no puede tener como cortapisa la ausencia de un espacio para el efecto o las dificultades económicas o presupuestales para la materialización de la orden judicial.

Se itera que las condiciones de privacidad, seguridad, higiene, espacio, mobiliario, acceso a agua potable, uso de preservativos e instalaciones sanitarias son una garantía para el detenido y no pueden constituirse en un obstáculo o restricción para la garantía del derecho a la visita íntima.

Por ello es que tales factores tampoco pueden ser una barrera para que el juez de control de garantías o el de conocimiento nieguen la visita. Es decir, al momento de adoptar

decisión sobre el particular, el juez no podrá exigir al solicitante la demostración de esas exigencias mínimas, pues, primero, no le corresponde a él o a las partes probar el cumplimiento de las condiciones descritas, y segundo, la norma no consagra que para que se autorice, se establezcan primeramente unos requisitos mínimos, como tampoco puede serlo, con base en la redacción del artículo 30 del Acuerdo 0011 de 1995, la comprobación del estado civil o del vínculo del interno con el visitante.

Al respecto debe destacar la Sala que cuando la modificación introducida por la Ley 1709 de 2014 al artículo 112 de la Ley 65 de 1993 refiere que “la visita íntima será regulada por el reglamento general según principios de higiene y seguridad”, a lo que se refiere es que el Acuerdo 0011 de 1995, esto es, el Reglamento General del INPEC es el que debe tener regulada tal situación, y no para que el juez, bien sea el de garantías o el de conocimiento, determine si tales condiciones se agotan en el caso concreto, pues ello corresponde al INPEC, que es el que materializa la orden del funcionario judicial.

Es decir, el servidor judicial no debe ocuparse de un asunto que tiene su propio responsable, el INPEC, y en estricto sentido cada establecimiento de reclusión, sin que esté en cabeza del juez la verificación de estas dos condiciones y de las otras a las que se ha hecho referencia.

Con razón el Acuerdo 0011, sobre el espacio que debe adecuarse para tal fin, estipula en el artículo 26 lo siguiente:

“Art. 26. Visitas. (...) 4. La visita se producirá en locutorios acondicionados para tal efecto. En los lugares donde no existan los mismos, y mientras se acondicionan, las visitas podrán recibirse en los pabellones. En ningún caso las visitas ingresarán a los lugares destinados al alojamiento de los internos, salvo los casos de visita íntima.”[159].

En relación con el lugar de realización y los controles sobre la pareja, el artículo 29 de dicha norma refiere:

“Art. 29. Visitas íntimas. (...) Los visitantes y los visitados se someterán a las condiciones de seguridad que establezca el establecimiento. El reglamento de régimen interno determinará el horario de tales visitas. Cada establecimiento procurará habilitar un lugar especial para efectos de la visita íntima. Mientras se adecuan tales lugares, ellas se podrán

realizar en las celdas o dormitorios de los internos.

Antes y después de practicarse la visita, tanto el interno como el visitante serán objeto de una requisita que se practicará de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la Ley 65 de 1993. De conformidad con el artículo 22 del presente reglamento, los visitantes no podrán ingresar elemento alguno a la visita”.

De modo entonces que las condiciones de higiene y seguridad son las que se encuentran establecidas en el propio Reglamento General, que como se evidenció, hacen referencia al espacio donde ha de tenerse el encuentro íntimo y a las medidas a las que han de someterse los internos y visitantes.

Tal como se destacó en la Sentencia T-815 de 2013 ya citada, las visitas íntimas deben llevarse a cabo en un ambiente que ofrezca unos mínimos de humanidad, pues no es aceptable constitucionalmente, de acuerdo a los postulados de la dignidad humana, que las parejas sean obligadas a congregarse en los pasillos, pabellones, baldosas, instalaciones internas o espacios reducidos, a las cuales concurren a su vez otros detenidos, y que queden expuestas al público y al escrutinio de los demás reclusos.

En todo caso, cada establecimiento debe tener adecuadas las instalaciones para el efecto, bajo las condiciones de salubridad y seguridad que el mismo sitio de reclusión debe verificar antes de la celebración de la visita íntima, porque el no contar con ellas, como lo prevé el mismo Reglamento, se constituye en una causal de suspensión.

En efecto, el artículo 37 del Acuerdo 0011 determina:

“Art. 37. Suspensión de visitas íntimas. La visita íntima se suspenderá en los siguientes eventos:

1. Por incumplimiento en los requisitos de salubridad e higiene, previo concepto del médico oficial o del médico del establecimiento.

(...).”[160].

Con razón, entre las exigencias mínimas de la visita, la Sentencia T-815 de 2013 definió los ocho aspectos ya referidos, y en lo que atañe a las dos condiciones reseñadas expresó que

la seguridad implica que la autoridad carcelaria garantice el orden, la vigilancia y el respeto por el desarrollo de la visita, y que la higiene indica el permanente aseo y limpieza de todos los elementos disponibles en la visita íntima, cuestiones pues que no podrían estar a cargo del solicitante por no corresponderle tal función.

Recapitulando, puede decirse conforme a las normas referenciadas, que en principio se requiere de la autorización del funcionario judicial que impuso la medida de aseguramiento, o del juez de conocimiento cuando asume el asunto, para que pueda darse vida al derecho a la visita íntima de quien se encuentra bajo esa condición, esto es, no condenado sino bajo medida de aseguramiento.

Tal funcionario, por demás, no está facultado para negarla con fundamento en razones de higiene o seguridad, pues estas deben asegurarse por las autoridades carcelarias. De hecho, con base en la existencia de los ocho condicionamientos básicos (privacidad, seguridad, higiene, espacio, mobiliario, acceso a agua potable, uso de preservativos e instalaciones sanitarias), no puede negar la visita ni pedir al solicitante la prueba de que las instalaciones destinadas para su materialización cumplen con tales estándares.

Cuestión distinta es que autorizada la visita, ella se ejecute en un espacio que no cuente con aquellas condiciones o que no exista la infraestructura para ello, lo que habilitará al recluso o a su acompañante a acudir a la autoridad carcelaria para reclamar un trato digno, o si es del caso, buscar el amparo de garantías a través de otros medios judiciales, entre los que puede hallarse la acción de tutela, pero se reitera, su ausencia o deficiencia, no puede llevar a la negativa del derecho.

Como se indicó en el acápite respectivo, no puede sujetarse la autorización de visita íntima a que quien la ha pedido, demuestre ante el funcionario judicial que la cárcel cuenta con el espacio para su ejecución. No puede, por tanto, el juez que emite la autorización, supeditar su aval a que el privado de la libertad, que no cuenta con capacidades reales para ello porque no puede moverse a su antojo por su limitación física, le demuestre que va a celebrar su encuentro en un sitio apto para ello.

Se reitera entonces que las exigencias mínimas descritas para que pueda llevarse a cabo la visita íntima, son una garantía del privado de la libertad y no un obstáculo o barrera para la materialización de su derecho. Además, que no deben ser una carga para el solicitante o

las demás partes, sino para el Estado mismo, que debe dotar a las cárceles de espacios óptimos y adecuados que permitan el encuentro de la pareja en condiciones de dignidad. Por ende, la ausencia o deficiencia en el cumplimiento de tales exigencias o elementos, no puede ser excusa para negar tal derecho.

6.5.4 La existencia de una norma que puede contribuir a remediar la tardanza en los traslados de los privados de la libertad sujetos a medida de aseguramiento de detención domiciliaria

La revisión de la jurisprudencia de esta Corte en torno al tema de los traslados de los detenidos para visita íntima, permitió advertir que la queja generalizada consistía en la dificultad que se presentaba cuando las personas debían ser llevadas fuera de la ciudad donde estaba ubicada la cárcel donde expiaban su pena para la realización de la respectiva diligencia, que se debe al déficit presupuestal, de unidades de guardia disponibles o de vehículos. El caso que ahora resuelve este Tribunal, pone también de manifiesto esa situación pero en una persona sujeta a medida de aseguramiento.

Tal hecho le permite a la Corte ahondar en una norma que bien puede servir de criterio orientador para solventar una situación tan cotidiana como el encuentro sexual de una pareja en medio de un Estado en el que los recursos escasean y donde los establecimientos de reclusión no cuentan con presupuesto a la mano para disponer el movimiento de reclusos cuando estos se hallan en detención domiciliaria.

En este sentido acude la Sala a la modificación que al Código Penitenciario y Carcelario realizó la Ley 1709 de 2014, que entró en vigor el 20 de enero de 2014 y que fue promulgada para descongestionar los establecimientos de reclusión y para dar prevalencia al enfoque diferencial, específicamente al parágrafo del artículo 24, del que las autoridades carcelarias pueden valerse, sin desconocer el tamiz judicial por el que han de pasar las autorizaciones de visita íntima.

El artículo 24 de la Ley 1709 adicionó a la Ley 65 de 1993, el control sobre quienes se encuentran en prisión domiciliaria, disponiendo lo siguiente:

El Inpec deberá realizar visitas periódicas a la residencia del condenado y le informará al Despacho Judicial respectivo sobre el cumplimiento de la pena.

Con el fin de contar con medios adicionales de control, el Inpec suministrará la información de las personas cobijadas con esta medida a la Policía Nacional, mediante el sistema de información que se acuerde entre estas entidades.

PARÁGRAFO. La persona sometida a prisión domiciliaria será responsable de su propio traslado a las respectivas diligencias judiciales, pero en todos los casos requerirá de autorización del Inpec para llevar a cabo el desplazamiento”[161].

Estima la Corte que cuando se trata de visita íntima entre quien se halla en detención domiciliaria y una persona en centro de reclusión, y teniendo en consideración el estado de cosas que aún permanece en las cárceles colombianas, por criterio de analogía, el INPEC puede hacer uso de esa disposición, poniendo en conocimiento del juez respectivo la posibilidad de que la persona se traslade por sus propios medios al centro de reclusión correspondiente para la realización del encuentro íntimo, lo que debe hacer ante tal funcionario para que se analice tal posibilidad y se garantice quizá de forma más efectiva el derecho.

Es decir, será el mismo INPEC, en cabeza del Director del Establecimiento de Reclusión o de la persona designada para el efecto, quien informe al Juez que la persona en detención domiciliaria podrá trasladarse por sus propios medios al establecimiento de reclusión donde habrá de practicarse la visita íntima y que igualmente asumirá sus costos. Es decir, será la persona que se encuentra con medida de aseguramiento en su residencia, la que podrá trasladarse al lugar donde se halle privada de la libertad su pareja, para la realización del encuentro, asumiendo ella misma el costo que genera el desplazamiento.

Ello lo pondrá en conocimiento del juez, para que este decida si acepta tal proposición, eso sí, manifestando la razón de ello, esto es, la inexistencia de vehículos o la carencia de guardia para asegurar el traslado, o cualquiera otra razón, a efectos de que el juez analice la conveniencia de esa medida de cara a las pruebas que se le aporten sobre tales hechos, porque es el funcionario judicial el que emite la autorización, pero el INPEC el que es obligado a la materialización de esa decisión, y por tanto, el encargado de registrar la fecha en la que la persona se desplazará al centro de reclusión respectivo para la visita y el tiempo en que debe estar nuevamente en su residencia.

Es que por tratarse de personas que aún no han sido objeto de condena y que requieren de

la autorización judicial para su desplazamiento, resulta posible que a efectos de que el derecho a la visita íntima no se dilate en el tiempo y no se desfigure por las barreras administrativas que puedan imponerse, se le permita trasladarse por sus propios medios al centro carcelario respectivo a quien se halla en detención domiciliaria, así como lo hace a diligencias judiciales, pero esta vez para la realización del encuentro con su pareja.

Debe dejarse en claro que ello no significa que la persona en detención domiciliaria pueda desplazarse en cualquier fecha y a su antojo al lugar donde se halla quien le recibiría, sino que lo haga en el día indicado para la misma, y de acuerdo a la regulación que tenga cada establecimiento carcelario, pues existe dentro del INPEC un cronograma de las fechas en que estas deben llevarse a cabo, es decir, no están sujetas al arbitrio de la persona reclusa o de quien va a asistir al encuentro, sino al propio INPEC, que en últimas está representado por el establecimiento donde se encuentra reclusa la persona a la que se visitará.

Eso sí, deberá mediar autorización judicial para el efecto, en donde el INPEC determine fecha y hora en que el domiciliario podrá movilizarse, teniendo como requisito previo que la cita haya sido asignada, y dejando en todo caso constancia dentro de la hoja de vida respectiva y haciendo las advertencias correspondientes para quien se halla sujeto a la medida de detención en su residencia, pues si el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1709 autoriza su salida por sus propios medios para diligencias judiciales, es porque tal norma también ha pasado por el control propio de ese tipo de disposiciones.

La detención domiciliaria se otorga bajo unos presupuestos que son analizados con rigurosidad por el juez de control de garantías, en audiencia pública en la que existe participación de las partes y se confía en que su beneficiario no va a defraudar la confianza depositada; de esa manera ha de responsabilizarse de su traslado y del cumplimiento estricto de los horarios que se concedan, pues al otorgarse el beneficio se ha establecido también que la persona, por el momento, no requiere de tratamiento intramural y que su permanencia en su residencia asegura los fines de esa especial medida de aseguramiento.

Como sea, el mismo INPEC debe garantizar las condiciones básicas para asegurar que no se pierda el control de la persona en detención domiciliaria y que retorne efectivamente a detención, lo que podrá hacer a través del medio más idóneo que encuentre tal Instituto y

siempre con una previa evaluación particular de la persona detenida, que habrá de justificar ante el juez correspondiente.

Es decir, se contaría con autorización judicial para el desplazamiento, estando a cargo del INPEC, del propio interno, de su apoderado o de la parte que lo solicite, la carga de argumentar la petición de salida sin necesidad de guardia o de restricciones, que debe ser entonces analizada por el funcionario judicial de cara al contenido del derecho fundamental a la visita íntima y a las restricciones administrativas, presupuestales, de guardia o vehiculares, o de otra índole, que pueden impedir el correcto desarrollo de una prerrogativa defendida desde la Carta Política.

De la misma manera debe señalar la Corporación que ese escenario judicial y administrativo no puede ser invadido por el juez de tutela sino cuando se presente una situación arbitraria y desproporcionada que vulnere las garantías de quienes reclaman el derecho.

Solo en contextos de abierta trasgresión de garantías, de dilación en el trámite sin justificación alguna, o de la imposición de trabas administrativas que hagan nugatorio el derecho, se puede acudir a la acción de tutela, lo que bien compagina con la doctrina de esta Corte sobre el particular, cuando ha indicado que en vista de que la visita íntima se encuentra regulada en la ley, esto es, en la Ley 65 de 1993 con sus modificaciones, en el Acuerdo 0011 de 1995 (Régimen General del INPEC) y en los reglamentos de cada establecimiento carcelario, solo procede cuando la negativa se funda en una decisión arbitraria o desproporcionada.

Es decir, el juez de tutela únicamente puede revisar las decisiones sobre traslado de reclusos para efectos de la visita íntima cuando estas fueren arbitrarias y, de este modo, vulneren sus derechos fundamentales, así como cuando se cuenta con la autorización judicial y esta no se cumple por situaciones atribuibles al establecimiento de reclusión, o cuando existe una omisión administrativa injustificada o una arbitrariedad en la motivación de la autorización.

Frente a la actuación insuficiente de la autoridad competente para la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos, expresó la Corte que, “se requiere de un parámetro normativo objetivo que permita establecer si la limitación fáctica a la realización del derecho proviene exclusivamente de las circunstancias de hecho del caso o, por el

contrario, de la inacción de las autoridades obligadas a prestaciones positivas para la realización del derecho. El referido parámetro normativo está dado en el presente caso en las normas constitucionales y legales que ordenan a las autoridades administrativas –directores de los establecimientos carcelarios, director regional del Inpec, comandante departamental de policía– a garantizar la efectividad del derecho a la visita conyugal, contenido en el ámbito de protección del derecho fundamental a la intimidad”[162].

Como consecuencia de lo anterior, es posible evaluar si existe o no afectación de los derechos fundamentales de los internos al omitir los deberes prestacionales de la administración consistentes en el despliegue de conductas positivas para facilitar las visitas íntimas a partir del análisis normativo de la ley, la Constitución y los Reglamentos Internos de los establecimientos carcelarios, en donde figuran los requisitos y condiciones previstos para el efecto.

Bajo ese parámetro, el juez de tutela únicamente debe efectuar control de la arbitrariedad en las decisiones que niegan el derecho a la visita íntima y, con mayor razón, aquellas que involucran el traslado de internos[163], pues en caso contrario no procede su intervención.

Con base en lo expuesto, se entrará al resolver el caso concreto, teniendo en consideración los parámetros trazados a la largo de esta providencia.

7. Caso concreto

7.1 Como se explicó anteriormente, estando en detención domiciliaria, María Susana Portela Lozada solicitó el 21 de junio de 2016 ante el Director del EPMSC El Cunduy, que se le autorizara visita íntima con su cónyuge Diego Luis Rojas Navarrete. El 23 de septiembre de 2016, o sea, tres meses después, éste remitió la solicitud al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia, que se declaró incompetente para referirse al tema por no contar con la actuación, que se hallaba en el Tribunal surtiendo recurso de apelación, remitiéndola ante un Juzgado de Garantías.

Luego de cinco meses, la Juez Tercero de esa especialidad celebró audiencia, en la que negó la visita al indicar que era necesario que se verificaran las condiciones de higiene, seguridad, orden y disciplina en las que el encuentro debía llevarse a cabo, decisión sobre

la que el representante de la accionante presentó reposición, obteniendo la confirmación de lo resuelto.

Un mes después, el abogado de la detenida en su domicilio presentó el amparo de que conoce la Corte, que se negó en primera y en segunda instancia al considerar que no se cumplía el requisito de subsidiariedad en la medida en que no se había presentado recurso de apelación contra lo resuelto en la audiencia del 8 de febrero de 2017.

Ya en agosto de 2017, por Resolución emanada del Director del EPMSC El Cunduy, se autorizó el ingreso de la detenida a la reclusión para llevar a cabo la visita de la pareja.

Encuentra la Sala que no resulta acorde con la dignidad humana ni con los derechos a la intimidad y a la unidad familiar, que solo un (1) año y dos (2) meses después, se vea satisfecha la aspiración de la señora Portela Lozada de tener un encuentro íntimo con su compañero.

Recuérdese que la petición la realizó el 21 de junio de 2016 y que para el 10 de agosto de 2017 se autorizó la visita conyugal, precisamente por la reclusión de su consorte en la cárcel ubicada en el municipio de su residencia.

Advierte la Sala que como se analizó en el acápite de la subsidiariedad, el exceso ritual manifiesto que imperó en la sustanciación del trámite de la visita íntima, violentó las garantías de la pareja a tener un encuentro íntimo sin dilaciones, porque las trabas que se presentaron para su autorización y la decisión de la juez de garantías fundamentada en criterios ajenos a la norma que regula el tema, pusieron de manifiesto el desconocimiento de un derecho fundamental ligado al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y familiar, y a la unidad familiar.

En este sentido, aparte del exceso ritual manifiesto esbozado, la negativa de la autorización de visita íntima por parte de la Juez Tercero de Garantías de Florencia adolece de dos defectos más. En principio, el material o sustantivo, en tanto realizó una interpretación inconstitucional de la norma relativa a los requisitos para obtener el permiso del artículo 30 del Acuerdo 0011 de 1995, ya que exigió la elaboración de un informe o estudio de condiciones que tal dispositivo no prevé.

Al respecto, tal como tuvo la oportunidad de transcribirse, la juez indicó que por ser el INPEC el encargado de la custodia de la detenida, debía corroborar aquellas condiciones que tiene la norma, aparte de la viabilidad y oportunidad, para poder pronunciarse sobre el consabido permiso. Indicó:

“... ese derecho de visita íntima o conyugal únicamente puede ser autorizada o restringida por la autoridad competente, que para el caso en concreto, recordemos es el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, en razón de que ellos son los encargados de verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en el Reglamento del Establecimiento Penitenciario, así como también ellos son los encargados de desplegar un dispositivo de seguridad para el traslado de uno de ellos al lugar de la visita, ya que en el caso concreto son dos personas las que se encuentran privadas de la libertad y presuntamente son esposos”[164].

Para la Juez, era necesario que INPEC verificara primero si era oportuno el traslado, seguro y conveniente. Por ello, “ese requisito que establece el artículo 30 en su numeral segundo, solo se puede otorgar una vez el Establecimiento Penitenciario haya hecho ese estudio sobre la viabilidad, pertinencia, seguridad y oportunidad de la visita conyugal”[165].

Pero también incurrió en el defecto de violación directa de la Constitución, referido en el inicio de las consideraciones, pues el artículo 84 de la Carta señala que cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio, lo cual ocurrió en este evento, pues la funcionaria requirió para la resolución de un asunto que abordó cinco meses después de que le correspondiera por reparto, unas exigencias que no las contiene la norma que regula el derecho de los internos, haciendo procedente la tutela.

Si el Director del EPMSC El Cunduy, sin el permiso de la autoridad judicial autorizó finalmente la visita íntima en resolución del 10 de agosto de 2017, con fundamento en el artículo 139 de la Ley 65 de 1993, que regula los permisos excepcionales[166], queda sin justificación la remisión de su escrito ante el Juez de Conocimiento en septiembre de 2016, y menos que lo hiciera tres meses después de que se le hiciera tal pedido.

En este caso, si como lo demuestra la cartilla biográfica, a la actora se le concedió la detención domiciliaria el 16 de mayo de 2016[167] por el Juez 37 Penal Municipal de

Bogotá[168] y la petición de visita íntima la realizó ella misma de su puño y letra el 21 de junio de 2016[169] cuando fue trasladada hasta Florencia, era esa autoridad ante la que el Director del EPMSC El Cunday debía dirigir el escrito para que emitiera la respectiva autorización, y no enviarla al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Florencia, que no contaba con el proceso.

Considera la Sala que era el Juzgado 37 Penal Municipal de Bogotá el llamado en ese momento a expedir la autorización respectiva y no el Juzgado de Conocimiento por el estadio procesal en que se hallaba la actuación, pues precisamente ese era el juzgado que había otorgado el beneficio a la actora y que había ordenado su traslado a su residencia en Florencia. Era, pues, la autoridad por cuenta de la que se hallaba privada de su libertad en su residencia, y por tanto, la que había expedido la correspondiente boleta de remisión hacia su domicilio.

Empero, como tres meses después se procedió de una manera contraria, cuando al parecer el proceso ya había pasado al funcionario de conocimiento y por tanto, se hizo ante el Juez Tercero Penal del Circuito, que indicó que para ese instante el asunto se hallaba en el Tribunal Superior de Florencia, por lo que dispuso no ser competente, el juez a cargo debió remitir la petición ante esa Corporación para que decidiera, pues era ella la que finalmente tenía bajo su custodia a la solicitante.

Sin embargo, se evidencia que envió tal pedido ante los jueces de control de garantías de Florencia, que es claro, no tenían bajo su mando a la señora Portela Lozada, lo que llevó finalmente a que se programara la audiencia de resolución del pedido, cinco meses después.

Advierte la Sala que la excesiva laxitud en los términos fue lo que llevó a que el asunto fuera asumido por las autoridades a las que no correspondía resolver el tema, pues esa petición del 21 de junio de 2016, como se demostró, fue remitida al Juzgado de Conocimiento tres meses después (el 23 de septiembre de 2016), y cuando recibió la solicitud, el juzgado de garantías programó la audiencia cinco meses después (el 8 de febrero de 2017).

Teniendo en cuenta lo anterior se evidencia que hubo un desinterés de las autoridades administrativas y judiciales en torno a un derecho fundamental de la pareja como era su

visita conyugal, que como se vio, tuvo su resolución, ocho (8) meses después de invocada.

Estima la Sala que esta situación desvertebra la naturaleza de la visita íntima como derecho fundamental, garantizado en el ámbito interno e internacional, y que implica que el privado de la libertad, por lo menos una vez al mes, cuente con un encuentro íntimo con su pareja en unas condiciones dignas, y que el Estado a través de sus instituciones asegure su efectividad.

La imposición de requisitos adicionales a los que encarna la figura y ubicar en cabeza del solicitante las condiciones que la jurisprudencia exige para su práctica, desconoce el compromiso del Estado de propiciar la visita íntima de los detenidos de conformidad con las obligaciones internacionales que ha adquirido y acorde con el régimen interno.

Adicional al formalismo imperante, se advierte que al momento de resolver, la juez de garantías tomó como fundamentos criterios que no le correspondía valorar, como son los de comprobar las condiciones de higiene, seguridad, orden y disciplina del lugar donde llegare a realizarse la visita íntima, es decir, en el EPC La Modelo o el EPMSC El Cunduy, dilatando aún más un trámite que ya contaba con un tiempo excedido para su decisión, y que implicaría, según se advierte de su argumentación, el estudio en las dos cárceles, con todo lo que ello conlleva.

Esto además significaba una carga adicional para el solicitante, en este evento el abogado de la actora, que debía allegar de nuevo, según podría entenderse de la argumentación dada en la audiencia para la negativa, los resultados que arrojará la investigación sobre las condiciones en que se materializaría el encuentro de la pareja, o de otro lado, que el INPEC aportara las pruebas de tal cuestión.

Como se indicó previamente, esta es una obligación que no tiene por qué soportar quien realiza la solicitud de visita íntima, pues excede, y por mucho, la capacidad que tiene de reportar al funcionario judicial que el lugar donde se ha de practicar es adecuado o que cuenta con la infraestructura apropiada para efectuar el encuentro.

Piénsese, por ejemplo, en las medidas de seguridad que debe sobrepasar el defensor en este caso, para obtener las fotografías del sitio en donde se ha de facilitar la diligencia, esto

es, su autorización de ingreso a ambas cárceles, al igual que los de la cámara con la que debe registrar el espacio, las instalaciones y los elementos con que cuenta. O si no lo hace a través de registro fotográfico o fílmico, la manera en que ha de comprobar que se puede llevar a cabo el encuentro de la pareja.

Y esta carga se acrecienta cuando la verificación de las condiciones de higiene y seguridad recae en el propio interno, porque se entiende que no es una persona que se encuentre en capacidades -debido a la limitación de su libertad física- a desplazarse por el establecimiento o a otro para adquirir la prueba de la suficiencia del lugar donde recibirá a su pareja.

Es claro entonces que quien solicita la autorización no tiene capacidad para obtener la información que requeriría el juez que resolverá sobre el asunto en caso de que llegue a requerirla, y sobre esa base, una exigencia en tales condiciones desborda la naturaleza del derecho a que cada mes se realice un encuentro de esta índole.

Cuando la juez de garantías en este preciso asunto indicó que debía realizarse la verificación de las condiciones de higiene, seguridad, orden y disciplina del sitio donde habría de llevarse a efecto la visita, y ahí sí acudir a esas instancias para que ésta se autorizara, dependiendo de los resultados de la averiguación, excedió los límites que ese mismo derecho impone, en tanto dispuso la aplicación de una norma, que si bien se encuentra en el Código Penitenciario, su aplicación no es de su resorte, porque factores como los aludidos son de la esfera del mismo establecimiento de reclusión.

Por ello se predicen de su determinación los defectos sustantivo o material, debido a una interpretación inconstitucional de la norma, al exigir un informe o estudio que el artículo 30 del Acuerdo 0011 de 1995 no prevé; procedimental debido al exceso ritual manifiesto, al exigirse un requisito que no es necesario para obtener dicha autorización; y violación directa de la Constitución, en tanto según el artículo 84 superior, cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio.

7.2. De igual manera, se evidencia que la dilación también tuvo su fundamento en el hecho de que la solicitante estuviera radicada en su domicilio en Florencia, y que su esposo estuviera recluido en el EPC Modelo de Bogotá, echándose de menos una actitud proactiva

del EPMSC El Cunduy en lograr el encuentro de la pareja.

Resulta insólito que justamente por la presencia del señor Diego Luis en la cárcel de Florencia, se propicie la visita íntima con fundamento en una norma extraña a la regulación que tiene la visita íntima y se utilicen los permisos excepcionales del artículo 139 de la Ley 65 de 1993 para autorizar el encuentro, que se materializó por la orden dada en la Resolución emanada de la Dirección del EPMSC El Cunduy y sin que mediara decisión de la autoridad judicial encargada del proceso, que en principio llevó a que remitiera por competencia la petición.

No se evidencia en el caso concreto ningún ánimo tendiente al traslado de la solicitante a la ciudad de Bogotá o alguna otra gestión que facilitara la visita entre los cónyuges, lo que entonces ratifica la opinión de la Corte acerca de que este tipo de actos, discrecionales como son, no pueden estar sujetos a la potestad de la autoridad penitenciaria, sobre todo cuando se trata de personas que no han sido condenadas, y que por tanto, deben estar reglados, tal como lo deja claro la regulación legal de la Ley 65 de 1993 y el Acuerdo 0011 de 1995.

7.3 Por otro lado, resalta la Corte que de acuerdo a las pruebas, se puso de presente, como se referenció en el apartado pertinente, que la visita íntima entre los cónyuges ya se realizó, según lo dispuesto en Resolución Nro. 0685 del 10 de agosto de 2017 emitida por el Director del EPMSC El Cunduy, precisamente en las instalaciones de ese Establecimiento, pues se entiende de su texto que se autorizó el ingreso y el egreso de la detenida en su domicilio con las medidas de seguridad respectivas, al patio de especiales donde se halla su esposo[170].

El siguiente es el texto de tal acto administrativo:

“Resolución Nro. 0685

(10/08/2017)

Por la cual la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Florencia Caquetá, concede permiso de visita íntima a un(a) interno(a)

EL DIRECTOR DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y

CARCELARIO DE FLORENCIA CAQUETÁ En uso de sus facultades legales, y

CONSIDERANDO

Que MARIA SUSANA PORTELA, identificada con CC 40.769.035; solicita a la dirección de este establecimiento, se autorice permiso excepcional con el fin de efectuar visita íntima el segundo Domingo de cada mes, al interno DIEGO LUIS ROJAS NAVARRETE, recluso en este Establecimiento Penitenciario y Carcelario, en el patio especiales de Florencia - Caquetá.

Que la señora MARIA SUSANA PORTELA, ingreso al establecimiento penitenciario y carcelario de Florencia Caquetá el día 31 de Mayo de 2016 y una vez revisada su situación jurídica, ésta se encuentra sindicada por los delitos de COHECHO POR DAR U OFRECER y FALSEDAD IDEOLOGICA EN DOCUMENTO PUBLICO y se halla a órdenes del juzgado 37 penal municipal Bogotá Cundinamarca Colombia.

Que teniendo en cuenta el artículo 139 de la Ley 65 de 1993,

RESUELVE

ARTICULO 1º. Autorizar a la señora MARIA SUSANA PORTELA, para que se efectúe visita íntima con el interno DIEGO LUIS ROJAS NAVARRETE, el segundo Domingo de cada mes.

ARTICULO 2º. Una vez cumplida la remisión, la señora debe salir del establecimiento; el control y registro estará a cargo del comando de vigilancia.

ARTICULO 3º. Envíese copia de la presente resolución al Comando de Vigilancia del Establecimiento para lo de su cargo y copia a la respectiva hoja de vida.

La presente Resolución rige a partir de la fecha de su expedición"[171].

Del texto de la resolución pueden extraerse las siguientes conclusiones: i) que a pesar de no haberse autorizado la visita por la Juez Tercero de Garantías de Florencia o el Juez 3º Penal del Circuito de esa misma ciudad (que no cuenta con el proceso por hallarse en el Tribunal surtiendo el recurso de apelación del preacuerdo aprobado[172]), el encuentro de la pareja se llevó a cabo sin que, por tanto, mediara autorización judicial; ii) que la petición realizada por la interna el 21 de junio de 2016 de que se le permitiera realizar visita

conyugal con su consorte solo se materializó en agosto de 2017, es decir, un (1) año y dos (2) meses después[173]; iii) que la visita se practicó con ocasión de la permanencia de su esposo en la cárcel ubicada en su municipio de residencia[174]; y iv) que el encuentro de la pareja se llevó a cabo bajo las premisas del artículo 139 de la Ley 65 de 1993, que regula los permisos excepcionales.

Esta situación deja en evidencia que tal como se expuso, el trámite de una visita íntima tiene su desarrollo en dos escenarios distintos, que necesariamente no son concurrentes, uno judicial y otro administrativo, y que bien se trate de personas sujetas a una medida de aseguramiento, o de privadas de la libertad con ocasión de una pena, lleva a que el tema se reduzca a un trámite administrativo que evidentemente no puede estar sujeto a la discrecionalidad del INPEC.

Ello se evidenció en el caso que estudia la Corte, donde el hecho de que el detenido intramuros estuviera en la cárcel de Florencia, fue determinante para que se llevara a cabo el encuentro íntimo solicitado por su compañera y que se dio bajo los parámetros del artículo 139 de la Ley 65 de 1993, norma que regula los permisos excepcionales y que no hace alusión a la visita íntima, pues como se vio, ella tiene tratamiento en una disposición diferente aunque de la misma ley.

Si del criterio de los Directores de las cárceles correspondientes dependía la realización de la visita, no se advierte ningún interés en la ejecución de ella mientras Diego Luis permaneció en el EPC La Modelo y María Susana en su residencia en Florencia, a sabiendas de que por su condición de domiciliaria, y de madre cabeza de familia, como se le reconoció por el juez de garantías de Bogotá, podía gozar de permisos de salida, previamente autorizados.

Ello significa que a pesar de las distintas exhortaciones que este Tribunal ha realizado al INPEC[175], continúan primando las barreras presupuestales y administrativas por encima de los derechos de las personas privadas de la libertad a su visita íntima, pues es claro que la estadía de Rojas Navarrete en Bogotá dificultó la realización de la visita íntima con su compañera, pero que su traslado a Florencia la facilitó, por ser ese el sitio de residencia de la interna y el municipio donde ahora se halla.

Como se expuso con antelación, la Corte ha referido en múltiples ocasiones[176], que el

derecho a la visita íntima de las personas privadas de la libertad no puede estar librado a la suerte de situaciones como la disponibilidad de guardia, de vehículos o del presupuesto que se ha de disponer para su traslado al lugar donde ha de formalizarse el encuentro, pues ello vulnera garantías de estirpe fundamental que la misma institución que los resguarda está llamada a respetar, y, sin embargo, tales situaciones se siguen presentando.

Del mismo modo y como se analizó en lo referente la subsidiariedad, es claro que en este caso existió un exceso ritual manifiesto y un apego por el derecho procedimental sobre el sustancial en el trámite de la visita íntima solicitada por la detenida en su domicilio, que trasgredió sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la unidad familiar, y que entran en conexión con su derecho a la visita conyugal con su compañero.

También una interpretación inconstitucional de la norma relativa a los requisitos para obtener el permiso de visita íntima, así como una violación directa de la Carta al exigirse unos requisitos adicionales para el ejercicio de una actividad reglada.

Ello, en últimas, permite concluir que frente a la vulneración de las garantías indicadas es menester protegerlas, pero como ya la visita se autorizó el 10 de agosto de 2017 y la misma resolución fue explícita en indicar que se llevaría a cabo el segundo domingo de cada mes[177], habrá de declararse la carencia actual de objeto, tal como se analizará enseguida.

8. La carencia actual de objeto

8.1 La acción de tutela, conforme al artículo 86 de la Constitución, tiene como finalidad amparar los derechos fundamentales de las personas ante su amenaza o vulneración, ya sea por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular. Empero, cuando la situación de hecho que causa la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde toda razón de ser, en la medida en que la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso concreto resultaría a todas luces inútil, y por consiguiente, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para esta acción.

Por ello ha precisado esta Corporación[178] que la acción de tutela resulta inocua cuando durante el trámite del proceso, la situación que genera la amenaza o vulneración de los

derechos fundamentales invocados es superada o finalmente produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo, ya que en estos supuestos, la tutela no es un mecanismo judicial adecuado, pues ante la ausencia de supuestos fácticos, la decisión que pudiese tomar el juez en el caso concreto para resolver la pretensión, se convertiría en ineficaz.

De este modo, si la acción de tutela busca ordenar a una autoridad pública o a un particular que actúe o deje de hacerlo, y antes del pronunciamiento judicial ello se logra, se está frente a un hecho superado, porque desaparece la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales[179].

8.2 En lo que atañe a la carencia actual de objeto, este Tribunal ha desarrollado a profundidad tal teoría como una alternativa para que los pronunciamientos de la Corte no se tornen inocuos, propósito que en todo caso se debe emprender con la pretensión de que las decisiones judiciales no tengan solo un componente simbólico sino que cumplan una función que procure a su vez la vigencia subjetiva y objetiva de los derechos, y asimismo la supremacía, interpretación y eficacia de la Constitución de 1991.

A partir de allí, la Corte ha aclarado que el fenómeno de la carencia actual de objeto se produce cuando ocurren dos situaciones específicas: (i) el hecho superado y (ii) el daño consumado, agregando una más denominada como el acaecimiento de una situación sobreviniente[180].

La primera hipótesis “se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado[181] en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela”[182]. Es decir, el hecho superado significa la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor.

Cuando se presenta ese fenómeno (hecho superado), en términos de decisiones judiciales, la obligación del juez de tutela no es la de pronunciarse de fondo sino cuando estime necesario, “hacer observaciones sobre los hechos que originaron la acción de tutela, con el propósito de resaltar su falta de conformidad constitucional, condenar su ocurrencia y

conminar a que se adopten las medidas necesarias para evitar su repetición, so pena de las sanciones pertinentes”[183].

Por su parte, en la hipótesis del daño consumado la situación es diferente. Este evento tiene lugar cuando “la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela. La configuración de este supuesto ha sido declarada por la Corte, por ejemplo, en los casos en que el solicitante de un tratamiento médico fallece durante el trámite de la acción como consecuencia del obrar negligente de su E.P.S.[184], o cuando quien invocaba el derecho a la vivienda digna fue desalojado en el curso del proceso del inmueble que habitaba[185]”[186].

En casos como los anotados, esta Corporación ha reiterado que si la consumación del daño ocurre durante el trámite de la acción, es deber del juez constitucional pronunciarse sobre el fondo del asunto[187]. Lo anterior, con propósito de evitar que situaciones con iguales características se produzcan en el futuro[188] y de defender la efectividad de las garantías fundamentales como expresión del sistema de valores y principios que nutren el ordenamiento jurídico.

En suma, en cuanto al hecho superado, la Corte ha estimado que esa situación, “no conduce a declarar la improcedencia de la acción, pues la Corte Constitucional puede estudiar el fondo del asunto para evaluar si hubo vulneración de las garantías superiores, en virtud de la función de pedagogía constitucional que también realiza a través de los fallos de tutela. Si bien, en estos eventos no se emiten órdenes ante la ineficiencia de las mismas, si la decisión proferida por el juez de tutela contraría los postulados constitucionales, la Corte debe revocarla”.[189]

En lo que atañe al acaecimiento de una situación sobreviniente, mediante Sentencia T-481 de 2016, la Corte indicó que “una tercera modalidad de eventos en los que la protección pretendida del juez de tutela termina por carecer por completo de objeto y es en aquellos casos en que como producto del acaecimiento de una ‘situación sobreviniente’ que no tiene origen en el obrar de la entidad accionada la vulneración predicada ya no tiene lugar, ya sea porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la litis.”.

De acuerdo con dicha providencia, esta nueva y particular forma de clasificar las

modalidades en que puede configurarse la carencia actual de objeto en una acción de tutela, parte de una diferenciación entre el concepto que usualmente la jurisprudencia ha otorgado a la figura del ‘hecho superado’[190] y limita su alcance únicamente a aquellos eventos en los que el factor a partir del cual se superó la vulneración está directamente relacionado con el accionar del sujeto pasivo del trámite tutelar. De forma que es posible hacer referencia a un ‘hecho superado’ cuando, por ejemplo, dentro del trámite tutelar una E.P.S. entrega los medicamentos que su afiliado demandaba, y una ‘situación sobreviniente’ cuando es el afiliado quien, al evidenciar la excesiva demora en su suministro, decide asumir su costo y procurárselos por sus propios medios[191].

8.3. Como se expuso en el acápite de las actuaciones surtidas en sede de Revisión (numeral 8.9 de los antecedentes), se evidenció con la comunicación del Director del EPMSC El Cunday, que la visita conyugal entre la actora y su cónyuge se autorizó con Resolución 0685 del 10 de agosto de 2017 y que se seguiría llevando a cabo el segundo domingo de cada mes.

Por tanto, se puede predicar la ocurrencia de una carencia actual de objeto por hecho superado, en la medida en que como se indicó, la visita entre los consortes ya se llevó a cabo, y no precisamente porque María Susana haya sido traída en remisión hasta Bogotá, sino porque su compañero fue trasladado hasta Florencia y allí se encuentra recluso actualmente.

Nótese que lejos estaba de cumplirse la aspiración de la esposa solicitante, pues no hay en el expediente ninguna referencia a intención de los entes accionados en dar vida al derecho que de tiempo atrás reclamaba la señora Portela Lozada, que valga decirlo, estaba refrendado también por su esposo, en la medida en que su deseo de que se llevara a cabo el encuentro se tradujo en aquel formato del INPEC que diligenció desde el 8 de julio de 2016 y que contiene su huella y su firma[192].

De modo que la vulneración alegada cesó, en la medida en que no solo se efectuó la primera visita con la autorización que emana de la Resolución 0685 del 10 de agosto de 2017, sino que allí mismo se dejó consagrado que tal encuentro se seguirá realizando el segundo domingo de cada mes[193].

En este orden de ideas, encuentra la Sala que se satisfizo la pretensión que motivó este

amparo constitucional, pues actualmente Portela Lozada y Rojas Navarrete pueden hacer uso del derecho a la visita íntima con la regularidad que estipula la ley. Precisamente, al haberse autorizado la visita por el Director del EPMSC El Cunduy, a juicio de esta Corporación, resultaría a todos luces inocuo realizar cualquier tipo de consideración sobre lo pretendido.

Lo anterior implica que sobre esta acción ha operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, pues durante el transcurso de la acción de tutela desaparecieron los motivos que dieron origen a la solicitud de amparo que se refiere a la realización de la visita íntima.

Aunque se encuentra la Sala frente a un hecho superado, no puede cohonestar un comportamiento como el de las autoridades judiciales y administrativas comprometidas, porque es claro que procesalizaron el ejercicio de un derecho fundamental que no necesita de desarrollo legal.

Adviértase que entre la solicitud y la realización del encuentro íntimo, transcurrió un lapso de casi catorce (14) meses: la actora realizó la petición el 21 de junio de 2016 ante el Director del EPMSC El Cunduy, éste la remitió apenas el 23 de septiembre de ese año al Juez Tercero Penal del Circuito de Florencia, que a su vez la envió al reparto respectivo, y la Juez Tercero Penal Municipal de Garantías a la que le correspondió, la programó cinco (5) meses después, esto es, el 8 de febrero de 2017. Finalmente el Director del Establecimiento de Florencia la autorizó el 10 de agosto de 2017.

En tanto ese excesivo rigorismo implicó el desconocimiento de un derecho reconocido al privado de la libertad, que hace parte de su sexualidad e implica un compromiso de sus garantías a la vida privada, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad y a la unidad familiar, se compulsarán copias ante la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta de las Directivas del EPMSC El Cunduy, y a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Florencia, para que adelante la correspondiente indagación en contra de los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito de esa ciudad.

De igual manera, en su labor pedagógica, resulta necesario, no solo sintetizar los aspectos más relevantes de esta decisión, sino igualmente refrendar las pautas dadas en la misma,

haciendo a su vez un llamado a las autoridades comprometidas, para que una solicitud de visita íntima sea asumida con la prontitud que requieren los derechos fundamentales y reciba su atención por quienes deben hacerlo, esto es, por las autoridades judiciales en principio (juez de garantías o juez de conocimiento) y luego por las administrativas (INPEC), porque de nada valdría una decisión judicial oportuna si ésta no puede materializarse.

Ello además redundaría en la tarea de la Corte de orientar la actuación de las autoridades a los parámetros constitucionales, y de coadyuvar la promoción de los derechos humanos, esta vez de una población vulnerable como la privada de la libertad, que no por su detención está alejada del derecho.

9. Conclusiones

En atención a lo anterior la Sala se permite concluir lo siguiente:

9.1 En el análisis de la subsidiariedad, no puede declararse la improcedencia de la tutela por la sola existencia en abstracto de un medio ordinario de defensa. El juez constitucional debe analizar, en el marco de la situación fáctica particular, si la acción judicial dispuesta por el ordenamiento jurídico es idónea y eficaz en concreto para proteger los derechos fundamentales en juego.

Tratándose de sujetos con los que el Estado tiene una relación de especial sujeción, debe prestarse mayor atención a sus condiciones individuales, pues debido a la particularidad de su situación, no se encuentran en la misma situación de los demás asociados, haciéndose más flexible el examen de la subsidiariedad, pues la tutela puede convertirse en el mecanismo de defensa apropiado para sus derechos.

9.2 La visita íntima tiene el carácter de derecho fundamental a partir de su conexión con garantías de tal estirpe como el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, y los derechos sexuales y reproductivos, fortaleciendo los vínculos de pareja y el derecho a la unidad familiar en particular.

La visita íntima en el derecho interno y a nivel internacional, se convierte en la garantía de un derecho en el marco de la detención y va dirigido al fortalecimiento del vínculo familiar y al ejercicio de pleno de la sexualidad, a la vez que protege el derecho a la intimidad y a la

vida privada durante la detención misma.

De acuerdo con la especial situación de garante que asume el Estado frente a las personas privadas de la libertad, exige de éste crear condiciones necesarias para superar cualquier obstáculo que impida el acceso a derechos que no están suspendidos por la situación de detención.

9.3 Los requisitos expuestos para que la visita íntima se practique en condiciones dignas, referidos a privacidad, espacio, mobiliario, acceso a agua potable, uso de preservativos e instalaciones sanitarias, entre los que se encuentran también higiene y seguridad, no pueden convertirse en obstáculo o barrera para la negativa de su autorización, sino que son una verdadera garantía para el privado de la libertad y su visitante.

Tales condicionamientos no pueden estar a cargo de los peticionarios, que no están, en la mayoría de los casos, en condiciones de demostrar su cumplimiento, sino que deben ser responsabilidad de la autoridad carcelaria, que debe demostrar ante el juez que define el asunto, que ellas se hayan cumplidas, y si no cuenta con ellas, debe habilitar un espacio digno para que la visita íntima pueda llevarse a cabo, so pena de que se acuda a las reclamaciones respectivas ante la autoridad administrativa o a las acciones correspondientes para el respeto de tal derecho fundamental.

Si bien los administradores del sistema carcelario cuentan con potestades para regular la visita íntima, su ejercicio no puede sacrificar derechos que no han sido suspendidos con ocasión de la privación de la libertad y, por el contrario, constituyen garantías constitucionales a favor de los reclusos. Es decir, los derechos a la intimidad personal y familiar, y al libre desarrollo de la personalidad de los internos constituyen un límite a las actuaciones de los directores que administran los centros de reclusión.

9.4 Cuando se trata de personas condenadas, el INPEC se encarga de la autorización de la visita íntima, se hallen estas cumpliendo pena en prisión o en su residencia. Cuando se trata de personas que se hallan sujetas a medida de aseguramiento de detención domiciliaria, que deban ingresar a un establecimiento de reclusión para la práctica de la visita íntima, es el juez de control de garantías o el de conocimiento, dependiendo de la etapa en la que se encuentre el proceso, el que la autoriza el encuentro y el INPEC se encarga de su materialización.

Enfrente de las dificultades que se vienen presentando en los establecimientos de reclusión para el traslado de detenidos domiciliarios, debido a la falta de presupuesto, de guardia o de vehículos, o la presencia de cualquiera otra circunstancia, bien puede acudirse a la figura establecida en el párrafo del artículo 24 de la Ley 1709 de 2014, modificatoria del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), debiendo exponerse ante el juez, a través del Director del Establecimiento o el que se designe, o por la parte que lo solicite, la posibilidad de que el domiciliario se desplace por sus propios medios al centro de reclusión donde ha de practicarse la visita íntima, por el tiempo estipulado para el encuentro y exclusivamente para tales fines.

En todo caso, se deberá justificar ante el juez correspondiente, cuál es la razón de acudir a tal modalidad, a efectos de que tal funcionario decida, con fundamento en lo probado, la posibilidad de que el interno domiciliario pueda movilizarse por sí mismo y asumiendo su costo, al lugar en donde habrá de llevarse a cabo el encuentro con su pareja, debiendo dejarse la anotación correspondiente en la hoja de vida del interno.

Como sea, el mismo INPEC debe garantizar las condiciones básicas para asegurar que no se pierda el control de la persona en detención domiciliaria y que retorne efectivamente a detención, lo que podrá hacer a través del medio más idóneo que encuentre tal Instituto y siempre con una previa evaluación particular de la persona detenida, que habrá de justificar ante el juez correspondiente.

9.5 A pesar de que en el caso concreto se comprobó la vulneración de los derechos de la pareja de privados de la libertad a contar con un encuentro íntimo conforme lo estipula la ley y que ello implica la protección de sus garantías, habrá de declararse la carencia de objeto por hecho superado, en la medida en que la visita entre los cónyuges fue finalmente autorizada en Resolución del 10 de agosto de 2017, al igual que se dispuso su práctica el segundo domingo de cada mes, lo que entonces tornaría en inocua cualquier orden que llegare a proferirse en este sentido, lo que no obsta para que la Corporación pueda, como lo hará en el numeral siguiente, realizar un llamado de atención, hacer una recomendación y dar unas órdenes, a efectos de que la población privada de la libertad sea tratada con la dignidad que le es ínsita.

9.6 Con miras a que no se reiteren situaciones como la acaecida en este asunto, que generó la acción que se tramita, la Corte se permitirá hacer un llamado de atención a los establecimientos de reclusión comprometidos, y a la vez hará una recomendación y les dará unos órdenes que deberán cumplir en el plazo indicado.

Es así como llamará la atención del EPC La Modelo y el EPSMSC de Florencia, para que en los trámites de visita íntima entre personal en centro de reclusión y el que se encuentra en detención domiciliaria, se actúe de manera proactiva, sin dilaciones injustificadas y de manera pronta, en aras del respeto de sus derechos, y pueda darse aplicación analógica, previa autorización judicial, al parágrafo del artículo 24 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

De igual manera, les ordenará a los Directores de ambos centros de reclusión, que dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta providencia, creen un protocolo o reglamentación para los trámites de visita íntima, que contemple específicamente la diferenciación cuando se da entre personas condenadas (con pena de prisión o prisión domiciliaria), personas sujetas a medida de aseguramiento intramural y personas en detención domiciliaria, el cual deberá ser exhibido en lugares visibles de tales establecimientos y principalmente en los pabellones donde se albergan internos.

Por otra parte, y en vista del formalismo que rodeó este asunto, se remitirá copia de esta determinación a los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito de Florencia.

En vista de lo anterior, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR los fallos del veintiuno (21) de marzo y primero (1º) de junio de dos mil diecisiete (2017) proferidos por el Juzgado Primero Civil del Circuito y la Sala Única del Tribunal Superior de Florencia, Caquetá, respectivamente, en cuanto negaron el mecanismo de amparo, para en su lugar, TUTELAR los derechos invocados por María Susana Portela Lozada, en su condición de persona sujeta a medida de aseguramiento de detención domiciliaria, a la visita íntima, al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidad personal

y familiar, y a la unidad familiar, con su esposo, privado de la libertad en centro de reclusión.

Segundo.- DECLARAR que enfrente de la autorización de visita íntima entre los cónyuges por parte del Director del EPMSC El Cunduy, ha operado el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado.

Tercero.- LLAMAR LA ATENCIÓN del Establecimiento Penitenciario y Carcelario (EPC) La Modelo de Bogotá y el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario (EPMSC) de Florencia, para que en los trámites de visita íntima entre personal en centro de reclusión y el que se encuentra en detención domiciliaria, se actúe de manera proactiva, sin dilaciones injustificadas y de manera pronta, en aras del respeto de sus derechos, y pueda darse aplicación analógica, previa autorización judicial y con los controles de seguridad pertinentes, al párrafo del artículo 24 de la Ley 1709 de 2014 que modificó el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993).

Cuarto.- ORDENAR a los Directores del EPC La Modelo de Bogotá y del EPMSC de Florencia, que dentro de los dos (2) meses siguientes a la notificación de esta providencia, creen un protocolo o reglamentación para los trámites de visita íntima, que contemple específicamente la diferenciación cuando se da entre personas condenadas (con pena de prisión o prisión domiciliaria), personas sujetas a medida de aseguramiento intramural y personas en detención domiciliaria. El mismo, deberá ser exhibido en lugares visibles de tales Centros de Reclusión y principalmente en los pabellones donde se albergan internos.

Quinto.- ORDENAR al EPC La Modelo de Bogotá y al EPMSC de Florencia, a que si no cuentan con ellos, adecúen espacios aptos y acordes con la dignidad humana, para la realización de las visitas íntimas de que deben gozar los privados de la libertad con sus parejas, acorde con la jurisprudencia de esta Corte, expuesta en sus distintas providencias, especialmente en la T-815 de 2013, y en los estándares internacionales.

Sexto.- COMPULSAR copias de esta actuación ante la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta de las Directivas del EPMSC El Cunduy, y a la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Florencia, para que adelante la correspondiente indagación en contra de los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función

de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito de esa ciudad, debido al excesivo rigorismo que se le imprimió al trámite de la visita íntima objeto de este pronunciamiento.

Séptimo.- REMITIR copia de esta determinación a los Juzgados Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías y Tercero Penal del Circuito de Florencia, para que adecúen su actuación, tratándose de la resolución de temas como los de visita íntima, a los parámetros expuestos por esta Corporación en esta providencia y en los presupuestos de la Comisión Interamericana sobre la materia.

Octavo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-002/18

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DERECHO A LA VISITA INTIMA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Inexistencia de un hecho superado (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DERECHO A LA VISITA INTIMA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-La visita íntima fue autorizada por un funcionario que carecía de competencia (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DERECHO A LA VISITA INTIMA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Debió aplicarse la excepción de inconstitucionalidad del acto administrativo que autorizó la visita íntima, por violación al principio de legalidad, y proteger transitoriamente ese derecho (Salvamento parcial de voto)

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DERECHO A LA VISITA INTIMA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-La Sala se extralimitó al determinar las reglas de procedimiento para garantizar la visita íntima entre quien está cobijado por detención domiciliaria y quien está recluso en un centro penitenciario (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Sentencia T-002 de 2018

Magistrado Ponente: José Fernando Reyes Cuartas

1. En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión el día 15 de enero de 2018, en Sentencia T-002 de 2018, me permito presentar Salvamento Parcial de Voto. Aunque estoy de acuerdo con la orden de revocar las sentencias de instancia y tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante, me aparto de las decisiones adoptadas por la Sala en los numerales segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia, por las siguientes razones:

2. En este caso no existe un hecho superado. Como lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, la visita íntima es un derecho fundamental limitado, que se ejerce en el marco de las posibilidades fácticas y jurídicas que establece el ordenamiento, pues su titular se encuentra en una relación de especial sujeción con el Estado. En todo caso, el funcionario que autoriza y determina las condiciones en que se ejercerá ese

derecho debe tener competencia para ello.

3. En el asunto de la referencia, la visita íntima fue autorizada por un funcionario que carecía de competencia: el Director de la Cárcel de Florencia. Por lo tanto, el fundamento jurídico que facilitó el ejercicio del derecho a la visita íntima de la accionante es contrario al ordenamiento jurídico y, por tanto, se encuentra viciado.

4. En mi criterio, no es posible considerar que existe un hecho superado cuando, dadas las condiciones de ejercicio del derecho, su vulneración cesa por la existencia de un acto administrativo proferido por una autoridad que carece de competencia. Bajo la doctrina de la carencia actual de objeto por hecho superado, Corte Constitucional no puede avalar una ilegalidad de esa naturaleza. Por lo tanto, lo procedente en esta sentencia habría sido aplicar la excepción de inconstitucionalidad del acto administrativo que autorizó la visita íntima, por la violación al principio de legalidad, y proteger transitoriamente ese derecho, para que las visitas se pudieran seguir realizando, de manera transitoria, hasta tanto la autoridad judicial competente decidiera sobre el asunto de manera definitiva.

5. Dado lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia se debió: (i) inaplicar por excepción de inconstitucionalidad el acto administrativo que autorizó la visita íntima, por la violación del principio de legalidad; (ii) proteger transitoriamente el derecho a la visita íntima de la accionante, para garantizar que esta se continúe realizando; (iii) ordenar al Inpec que garantice las condiciones en las que dicha visita debe efectuarse; (iv) ordenar al juez competente que se pronuncie sobre la autorización de la visita íntima, teniendo en cuenta que las condiciones en las que esta debe realizarse no son un requisito para su autorización.

6. La Sala se extralimitó al determinar las reglas de procedimiento para garantizar la visita íntima entre quien está cobijado por detención domiciliaria y quien está recluido en un centro penitenciario. Sobre este particular, la sentencia advierte que es posible aplicar por analogía el parágrafo del artículo 24 de la Ley 1709 de 2014, con el fin de que la persona sometida a detención domiciliaria sea responsable de su propio traslado para la visita íntima con su pareja internada en un establecimiento de reclusión.

7. Además, la Sala dispuso que: (i) el Inpec pondrá en conocimiento del juez competente la posibilidad de que la persona sometida a detención domiciliaria se traslade

por sus propios medios; (ii) la persona sometida a detención domiciliaria deberá asumir los costos del traslado; (iii) la solicitud deberá estar fundamentada en la inexistencia de vehículos, la carencia de guardia para asegurar el traslado o cualquier otra razón; (iv) el juez decidirá si acepta tal solicitud; (iv) el Inpec está obligado a materializar la decisión del juez; (v) el Inpec registrará la fecha en que la persona sometida a detención domiciliaria se desplazará para la visita íntima y el tiempo en que debe estar nuevamente en su residencia; (vi) el desplazamiento debe realizarse en la fecha indicada, de acuerdo con la regulación del establecimiento carcelario; (vii) se dejará constancia en la hoja de vida de la persona sometida a detención domiciliaria, con las advertencias correspondientes.

8. Con ello, la Sala definió las reglas sobre el procedimiento que se debe seguir en tales casos. Además de innecesario para la solución del caso concreto, al definir estas reglas la Sala invadió, de manera fehaciente, la competencia del Legislador y de la administración en esta materia.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] Contrajo matrimonio el 6 de enero de 1995.

[2] Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario.

[3] Radicado bajo el número 18001 6008 781 2014 00044 00.

[4] Folio 34 del Cuaderno de Instancia 1.

[5] Folios 45 a 46 del C. de I. 1.

[6] Se respeta el texto original.

[7] Folios 47 y 48 del Cuaderno de Instancia 1.

[8] Folios 49 a 50 del Cuaderno de Instancia 1.

[9] Folios 53 a 58.

[10] Folios 66 a 68.

[11] Folios 12 a 19 del Cuaderno de Instancia Nro. 2.

[12] El Magistrado Mario García Ibatá se declaró impedido para conocer del asunto como integrante de la Sala, por unirlo a la accionante una amistad íntima, aparte de haber manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso (fls. 4 a 5 del Cuaderno de Instancia Nro. 2).

[13] El Tribunal citó la Sentencia SU-918 de 2013.

[14] Folio 20 del Cuaderno de la Corte. Se respeta el texto original.

[15] Folio 22 del Cuaderno de la Corte.

[16] Folio 23 del C. de la C.

[17] Folios 24 a 26 del C. de la C.

[18] Folios 29 a 32 del C. de la C.

[19] Folio 23 del Cuaderno de Instancia 1.

[20] Folio 24 id.

[21] Folio 25 id.

[22] Folios 26 y 27.

[23] Folio 28.

[24] Folio 29.

[25] Folio 30

[26] Folio 31.

[27] Folio 20 del Cuaderno de la Corte.

[29] Folios 25 a 26 del C. de la C.

[30] Artículo 16. “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

[31] Artículo 15. “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley. Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

[32] Artículo 42. “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progeneritura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca

la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes”.

[33] Del 31 de octubre de 1995.

[34] Apartado citado de la sentencia del Consejo de Estado, relacionado con los fundamentos de la demanda.

[35] Decisión 250186 del 5 de marzo de 1998. Radicación 1998-N4386.

[36] Se expresa en la parte resolutive de la sentencia lo siguiente: “Segundo. DECLARASE la nulidad de las siguientes frases contenidas en los numerales 1 y 2, respectivamente, del artículo 30 del Acuerdo 11 de 1995: “cónyuge o compañero (a) permanente” y “donde se encuentra su cónyuge o compañero”(a); y de la totalidad del numeral 4 del mismo artículo 30”.

[37] Expresa el documento: “(...) confiero PODER ESPECIAL, AMPLIO Y SUFICIENTE al doctor MILTON HERNAN SANCHEZ CORTES, abogado en ejercicio que porta la T.P. No. 68.051 del C. S. de la J., y que se identifica con la C.C. No. 79’340.601 de Bogotá, para que a mi nombre presente, y lleve hasta su terminación, acción de tutela contra el Juzgado Primero Penal Municipal de Florencia con Función de Control de Garantías, autoridad que conculcara mi derecho fundamental a la visita íntima que como interna me asiste, al igual que a mi esposo DIEGO LUIS ROJAS NAVARRETE, en conexidad con la protección de la familia y a la intimidad (...)”. Folio 29 del Cuaderno de Instancia 1.

[38] En la audiencia así se especificó en los diferentes récords: “... ese derecho de visita íntima o conyugal únicamente puede ser autorizada o restringida por la autoridad competente, que para el caso en concreto, recordemos es el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, en razón de que ellos son los encargados de verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en el Reglamento del Establecimiento Penitenciario, así como también ellos son los encargados de desplegar un dispositivo de seguridad para el traslado de uno de ellos al lugar de la visita, ya que en el caso concreto son dos personas las que se

encuentran privadas de la libertad y presuntamente son esposos” (34:03 a 34:42). “... esa valoración de oportunidad, seguridad, conveniencia del traslado de la imputada hacia el lugar donde se encuentra recluso su esposo, que también es parte dentro de un proceso penal, debe ser analizado y verificado en primer lugar por el Instituto Penitenciario y Carcelario donde ella se encuentre, ya que si entramos a indicar que el juez de control de garantías es el que debe autorizar la visita conyugal, entraríamos entonces a quitarle las facultades que tiene el establecimiento penitenciario de verificar lo que le corresponde por ley. Qué es lo que le corresponde por ley? Verificar si es oportuno el traslado, si es seguro el traslado y si es conveniente ese traslado para la visita conyugal, ya que ellos son los que tienen bajo su carga a las personas que se encuentran privadas de la libertad. Ese requisito que establece el artículo 30 en su numeral segundo, solo se puede otorgar una vez el Establecimiento Penitenciario haya hecho ese estudio sobre la viabilidad, pertinencia, seguridad y oportunidad de la visita conyugal, ya que ellos son los encargados de verificar si se cumple a cabalidad con los parámetros establecidos en la ley. No es general como en el caso en concreto, un oficio por parte del director EPAMS, anexo con unos elementos materiales ante un juez del distrito de Florencia, Caquetá, sino que ellos deben realizar todo el análisis pertinente para que el juez pueda verificar que ese permiso o visita conyugal cumple a cabalidad con los parámetros establecidos en la ley 65 de 1993 y en el Acuerdo 11 de 1995 y los demás acuerdos o reglamentos internos...” (34:55 a 37:17). “Una vez el director del establecimiento de reclusión genere el estudio de los requisitos establecidos en las normas antes mencionadas, situación es diferente que él lo haga e indique o pida la autorización a un juez para el cumplimiento cabal de todos los numerales que establece la norma antes mencionada, pero hasta el momento pues no se ha cumplido ese parámetro...” (37:51 a 38:20).

[39] Al resolver el recurso, la Juez de Garantías indicó: “... Con esa normatividad (Ley 65 de 1993 y Acuerdo 0011 de 1995), sin verificar como tal el reglamento interno del establecimiento penitenciario donde se encuentra reclusa la ciudadana María Susana Portela, solo puede ser autorizada esa visita conyugal por el Instituto Penitenciario y Carcelario donde se encuentre reclusa la ciudadana, en razón a que ellos son los encargados de verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en ese Reglamento genérico de todos los establecimientos penitenciarios y en el reglamento interno del de la ciudad de Florencia, Caquetá, de ahí que ellos también son los encargados de desplegar un dispositivo de seguridad para el traslado de ella al establecimiento de reclusión donde se

encuentre su esposo o compañero, haciendo pues un análisis profundo y serio sobre los principios de seguridad, higiene y disciplina de la cárcel...” (51:05 a 52:19). “... El Instituto Penitenciario es el que está facultado para avalar las condiciones y circunstancias de seguridad, disciplina, orden, higiene y viabilidad del traslado de un ciudadano para esa visita...” (52:30 a 52:48).

[40] Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

[41] Sentencia SU-961 de 1999.

[42] Sentencia SU-241 de 2015.

[43] Folio 3 del Cuaderno de Instancia 1.

[44] Al respecto la sentencia T-222 de 2014 señaló: “No puede predicarse idoneidad y eficacia de un recurso sin hacerse un análisis concreto. Ello implica que el juez constitucional despliegue una carga argumentativa a fin de determinar la procedencia de la tutela. No es dable en un Estado Social de Derecho que un juez constitucional niegue por improcedente un amparo constitucional sin si quiera analizar, paso a paso, el requisito de subsidiariedad”.

[45] En ciertos casos, además, este puede ser un argumento para proveer una solución principal y definitiva. En ese sentido, la sentencia T-396 de 2009 indicó: “[L]a acción de tutela procederá como mecanismo principal y definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y/o eficaz en el caso concreto”. Esta posición ha sido reiterada por las sentencias T-491, T-471, T-327 y T-140 de 2013, T-354 de 2012 y T-820 de 2009, entre otras.

[46] Sentencia T-018 de 2011.

[47] Tal postura se asumió en la Sentencia C-590 de 2005. Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias T-867 de 2011, T-285 y T-217 de 2010, y T-789 de 2008.

[48] Pueden verse al respecto, Sentencia T-893 de 2011, T-637 de 2010, y T-599 y T-264-de 2009.

[49] T-429 de 2011.

[50] T-637 de 2010, T-264-2009.

[51] T 429 de 2011 y T-264-2009.

[52] Sentencias SU-659 de 2015, T-176, T-065. T-064 y T-060 de 2016, y T-133 de 2015, entre otras.

[53] Ibídem.

[54] Ibídem.

[55] “...en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional ha considerado que, en virtud del artículo 4 de la Carta Política, la interpretación de las normas siempre debe ir acorde con lo dispuesto por el Constituyente; es decir, que la hermenéutica legal en un sistema constitucional debe estar guiada, ante todo, por el método de interpretación conforme, según el cual las disposiciones jurídicas deben leerse en el sentido que mejor guarde coherencia con lo dispuesto en la Carta Política.”.

[56] Sentencia SU-198 de 2013.

[57] Sentencias T-145 de 2017, SU-448 de 2016, T-968 de 2014, T-352 y T-071 de 2012, T-809 de 2010, T-555 de 2009, C-590 de 2005 y T-949 de 2003.

[58] Sentencias SU-336, SU-168 y T-145 de 2017 y T-369 de 2015. Al respecto, la sentencia SU-918 de 2013, afirmó que el defecto por violación directa de la Constitución, “(...) es una causal de tutela contra providencia judicial que se origina en la obligación que les asiste a todas las autoridades judiciales de velar por el cumplimiento del mandato consagrado en el artículo 4° de la Carta Política, según el cual ‘la Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales’”.

[59] Sentencia SU-198 de 2013.

[60] Sentencias T-310 y T-555 de 2009, y SU-198 de 2013.

[61] Sentencias SU-336 y SU-168 de 2017, T-960 de 2014, T-704 y T-352 de 2012, T-888 de 2010, T-310 y T-555 de 2009.

[62] Sentencias SU-448 de 2016 y T-209 de 2015.

[63] Sentencia T-209 de 2015. Ver también Sentencia C-590 de 2005.

[64] Caso en el cual también se incurriría en la causal por desconocimiento del precedente. Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-292 de 2006, SU-047 de 1999 y C-104 de 1993.

[66] Ver entre otras, las sentencias T-522 de 2001 y T-685 de 2005.

[67] Folio 25 del Cuaderno de la Corte.

[68] Folios 23 y 25 del Cuaderno de la Corte.

[69] Folio 28 del Cuaderno de Instancia 1.

[70] Folios 66 a 68 del C. de I. 1.

[71] Sentencia T-1316 de 2001.

[72] Sentencia T-589 de 2011.

[73] Sentencia C-367 de 2014.

[74] Sentencia T-124 de 2015.

[75] Cfr. Sentencias T-705 de 1996, T-420 de 1994, T-437, T-388, T-273 y T-219 de 1993, y T-596, T-522 y T-424 de 1992.

[76] Sentencia T-815 de 2013.

[77] Ver entre otras, las sentencias T-511 de 2009, T-274 de 2008 y T-023 de 2003.

[78] Sentencia T-511 de 2009. En fechas más recientes, la Corte ha reiterado esa categorización en las Sentencias T-049 de 2016, T-588A de 2014, T-815 de 2013 y T-213 de

2011, entre otras.

[79] Sobre tan caro principio, la Sentencia T-311 de 2011 realizó un análisis profundo y recalcó que todo privado de la libertad conserva su dignidad, aun cuando determinados bienes jurídicos le sean suspendidos y otros limitados. En torno a la acepción de dignidad humana entendida como la intangibilidad de determinados bienes, indicó que ésta se relaciona necesariamente con la condición de especial sujeción en la que se encuentra quien está detenido, toda vez que la proporcionalidad de la pena impuesta implica límites a la afectación de derechos mediante el castigo.

[80] Sentencia T-133 de 2006.

[81] Al respecto, también pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-161 de 2007 y T-1108 de 2002.

[82] “La subordinación tiene su fundamento en la obligación especial de la persona reclusa consistente en “cumplir una medida de aseguramiento, dada su vinculación a un proceso penal, o una pena debido a que es responsable de la comisión de un hecho punible” (citada de la Sentencia T-065 de 1995). (...) También es vista como el resultado de la “inserción” del administrado en la organización administrativa penitenciaria por lo cual queda “sometido a un régimen jurídico especial”. Sobre este tema, puede consultarse la Sentencia T-705 de 1996.

[83] Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un “régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos”, el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales. En este sentido ver la sentencia T-422 de 1992.

[84] “Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos [Ver] la Sentencia T-596 de 1992.”.

[85] “Que se concreta por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas [Ver] la sentencia T-065 de 1995”.

[86] “Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver[,] entre otras[,] las sentencias

T-222 de 1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996”.

[87] “En este sentido véase la sentencia C-318 de 1995. La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, “debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio” [Ver] la sentencia T-705 de 1996”.

[88] “Sobre la finalidad de la limitación a los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, véase especialmente la sentencia T-705 de 1996. Sobre su relación con la posibilidad real de la resocialización véase la sentencia T-714 de 1996”.

[89] “Entre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentran “el deber de trato humano y digno, [el] deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica, y el derecho al descanso nocturno, entre otros”, citada de la sentencia T-596 de 1992.

[90] “Sobre los deberes especiales del Estado[,] ver la sentencia T-966 de 2000”.

[92] Sentencias T-1062 de 2006, T-1204 y T-1030 de 2003, entre otras.

[93] En tal virtud, como lo advirtió esta Corporación, “las disposiciones legales y las medidas orientadas a restringir el ejercicio de los derechos fundamentales de los internos de un establecimiento penitenciario, deben ser razonables, útiles, necesarias y proporcionales a la finalidad que busca alcanzar la relación de sujeción de los reclusos al Estado, esto es, su resocialización y la conservación de la seguridad carcelaria” (Sentencia T-274 de 2008).

[94] Sentencia T-588A de 2014.

[95] Sentencia T-596 de 1992.

[96] Caso Martha Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia.

[97] CorteIDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18

de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párrs. 126 y 138. CortelDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 221.

[98] OEA. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad. Página consultada el 15 de diciembre de 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/principios-practicas-proteccion-privadas-libertad.doc>.

[99] Una conclusión importante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la de que el Estado se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad y, por ello, las autoridades carcelarias ejercen un fuerte control o dominio sobre las personas. CortelDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 98.

[100] CortelDH. Caso Tristán Donoso vs. Panamá.

[101] CortelDH. Caso Atala y Niñas vs. Chile.

[102] CDHNU. Caso Toonen vs. Australia.

[103] TEDH. Caso Aliev vs. Ukraine.

[104] CDHNU. Informe sobre el derecho a todos del disfrute del más alto nivel de salud física y mental, ECN/4/2004/49. Página consultada el 15 de diciembre de 2017. Disponible en: http://observatoriopoliticasocial.org/sitioAnterior/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Salud/2004_informe_del_relator_especial_sobre_el_derecho_a_la_salud_fisica_y_mental_2.pdf. Página 12.

[105] Congreso Mundial de Sexología. Declaración de los Derechos Sexuales. Página consultada el 15 de diciembre de 2017. Disponible en: <http://www.felgtb.org/rs/328/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/64c/fd/1/filename/declaracion-universal-de-los-derechos-sexuales.pdf>.

[106] CDHNU. Informe sobre el derecho a todos del disfrute del más alto nivel de salud física y mental, ECN/4/2004/49. Página consultada el 15 de diciembre de 2017. Disponible en:

http://observatoriopoliticasocial.org/sitioAnterior/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Salud/2004_informe_del_relator_especial_sobre_el_derecho_a_la_salud_fisica_y_mental_2.pdf. Página 19.

[107] El Acuerdo de Implementación con el Estado Colombiano puede hallarse en www.colombiadiversa.org, que conduce en PDF, al referido Acuerdo.

[108] Informe de Caso 11.656. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[109] A través de la Sentencia T-499 de 2003, esta Corte se pronunció sobre la demanda propuesta por la señora Martha Lucía Álvarez Giraldo, quien demandó la negativa del INPEC a sostener visita íntima con su entonces compañera Martha Lucía Silva García, diferente al que conoció la Comisión Interamericana, que se refirió a la destinataria de la visita como “M. H.”. En este asunto, el Consejo Seccional de la Judicatura de Caldas y el Consejo Superior de la Judicatura en Bogotá, ampararon su derecho a ejercer tal derecho, haciendo a un lado las barreras impuestas por las Cárceles de Ibagué y de Manizales, para que Álvarez pudiera visitar a Silva cuando disfrutaba de los permisos de hasta 72 horas. El INPEC le exigía el pasado judicial que no podía obtener, alegaba que todavía se encontraba cumpliendo condena y que no contaba con una conducta apropiada, que justo había propiciado su traslado de cárcel, lo que se convertían en impedimentos para que ella pudiera ingresar al Establecimiento Penitenciario de Manizales. La Corte acompañó a los jueces de instancia y reiteró que las personas privadas de la libertad pueden reclamar oportunidades para afianzar en la intimidad sus relaciones de pareja, y que las autoridades carcelarias no pueden entorpecer sus propósitos, en razón de que la dignidad humana de los reclusos está especialmente protegida.

[110] El Informe de la Comisión se puede hallar en la página www.rednacionaldemujeres.org

[111] Lo hizo representada por la Red Nacional de Mujeres, Colombia Diversa y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional.

[112] Juzgado Penal Municipal de Dosquebradas, Risaralda, del 2 de febrero de 1995.

[113] Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, Risaralda, del 13 de marzo de 1995.

[114] El Informe de la CIDH da cuenta de que mediante auto del 22 de mayo de 1995, la Sala de Selección Nro. 5 no eligió el caso para su revisión (pg. 31 del Informe).

[115] Los hechos fueron descritos de la siguiente forma al momento de declararse admisible el caso en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “6. Al momento de los hechos bajo examen, la peticionaria se encontraba cumpliendo sentencia de primera instancia privativa de su libertad desde el 14 de marzo de 1994 en el Centro de Reclusión Dosquebradas ‘La Badea’ en Pereira. Puesto que la legislación vigente contempla el derecho de los internos a las visitas íntimas, Marta Lucía Álvarez Giraldo solicitó a la Defensoría del Pueblo Regional Pereira que intercediera ante las autoridades competentes para que le permitieran recibir a su compañera de vida. El 26 de julio de 1994 la Fiscalía 33 de Santuario, que era el despacho judicial que adelantaba en ese momento la investigación penal, emitió la autorización correspondiente. Esta decisión fue comunicada a la Dirección de la Reclusión de Mujeres de Dosquebradas el 27 de julio de 1994 y reiterada mediante oficio N° 635 del 19 de agosto de 1994.

7. La peticionaria señala que luego de haberse reiterado el oficio que la autorizaba a recibir visitas íntimas, el Director del establecimiento donde se encontraba solicitó la reconsideración de la decisión de la Fiscalía 33 de Santuario a la Directora Seccional de la Fiscalía. Ante esta situación, la Defensoría del Pueblo -Regional Pereira- trasladó al Director del Centro de Reclusión de Mujeres ‘La Badea’ la autorización judicial de la visita íntima. Al día siguiente, el Director del reclusorio solicitó a la Juez Promiscua del Circuito de Santuario autorización para trasladar a la peticionaria a otro centro carcelario. El 20 de octubre de 1994, en vista de que la petición de visita íntima no había sido resuelta aún por el Director de Reclusión de Mujeres, la Defensoría del Pueblo Regional Pereira le solicitó información sobre el trámite. Como resultado se respondió que la petición había sido remitida a la Dirección Regional del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC).

8. En respuesta, la Defensoría del Pueblo Regional Pereira interpuso una acción judicial de tutela en favor de la peticionaria. El Juzgado Penal Municipal de Dosquebradas hizo lugar a

la acción en lo pertinente al derecho de la reclusa a que se tomara una decisión relativa a su petición. Consecuentemente, se ordenó a la Directora de Reclusión de Mujeres de Pereira que se pronunciara sobre la solicitud de la peticionaria. En fecha 7 de febrero de 1995, la Directora del Centro de reclusión se pronunció sobre la petición, negando la visita íntima, con base en la orientación sexual de la reclusa.

9. La Defensoría del Pueblo Regional Pereira apeló de la decisión dictada por el juzgado de primera instancia, la cual fue confirmada el 13 de junio de 1995 por el Juzgado Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal. Finalmente, el 22 de mayo de 1995, la Corte Constitucional se abstuvo de revisar el fallo de tutela.

10. En cuanto a las alegaciones de derecho, la peticionaria alega que la legislación colombiana no pone reparos a la visita íntima de reclusos con base en su orientación sexual. Afirma que no existen elementos que permitan tal diferenciación entre el derecho a la visita íntima de un recluso heterosexual y el de un homosexual. Considera, por lo tanto, que las autoridades penitenciarias han incurrido en un trato discriminatorio no autorizado por el derecho interno y a todas luces violatorio de los artículos 5, 11 y 24 de la Convención Americana”.

[116] Se entiende que luego de las recomendaciones y del acta de cumplimiento, se inició la modificación de los reglamentos internos de los establecimientos penitenciarios, precisamente porque la CIDH fue enfática en la necesidad de adoptar una reforma a las normas reglamentarias del INPEC en materia de visitas íntimas y tratamiento a población LGBTI, con el fin de garantizar el derecho a la no discriminación de personas privadas de la libertad con base en su orientación sexual.

[117] Entre ellas, revisar Sentencia T-378 de 2015.

[118] Véanse, por ejemplo: CIDH, Informe de Fondo Nro. 67/06, caso 12.436, Oscar Elías Biscet y otros (Cuba, 21 de octubre de 2006, párrafo 237; CID, Informe de Fondo Nro. 38/96, caso 10.506, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafo 97 Corte Europea de Derechos Humanos, caso Messina vs Italia (Aplicación Nro. 25.498/94), Sentencia de 28 septiembre de 2000, párrafo 61, citados en CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de la libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Documento 64, 31 de diciembre de 2011, párrafo 576, nota 664.

[119] CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre las personas privadas de la libertad en las Américas, aprobado por la CIDH mediante Resolución 1/08 en su 131 período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, principio XVIII.

[120] CIDH, Informe de Fondo Nro. 38/96 caso 10.506, X y Y (Argentina), 15 de octubre de 1996, párrafo 98. La jurisprudencia de la Corte Interamericana también ha tenido en cuenta que, las restricciones indebidas al régimen de visitas al que debe poder acceder una persona que se encuentra privada de libertad, se incluye dentro de una serie de circunstancias que, en su conjunto, pueden generar condiciones de privación incompatibles con el respeto al derecho a recibir un trato digno. Véanse por ejemplo: Corte IDH, caso García Asto y Ramírez Rojas Vs Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C Nro. 137, párrafo 221; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía Vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C. Nro. 119, párrafo 102; Corte IDH, caso Tibi Vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2004. Serie C, Nro. 114, párrafo 150; Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C, Nro. 112, párrafo 152; entre otros. La Corte Europea también se ha pronunciado sobre las restricciones al derecho de visitas para las personas privadas de libertad. Al respecto ver: Corte Europea de Derechos Humanos, Laduna Vs Eslovaquia (Aplicación Nro. 31.827/02), Sentencia de 13 de diciembre de 2011. En relación con la situación de las mujeres privadas de libertad, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, ha insistido en la necesidad de que a las mujeres privadas de libertad se les garantice el acceso a sus derechos básicos, incluyendo el derecho a recibir visitas de sus familiares. ONU, Consejo Económico y Social, Informe de la Relatora Especial “Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer”, Misión a la Federación de Rusia, E/CN.4/2.006/61/ADD.2, 26 de enero de 2006, párrafo 86.

[121] CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Documento 64, 31 de diciembre de 2011, párrafo 66.

[122] CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Documento 64, 31 de diciembre de 2011, párrafos 586 y 579.

[123] CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Documento 64, 31 de diciembre de 2011, párrafo 586.

[124] CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Documento 64, 31 de diciembre de 2011, párrafo 76. En la misma línea, la Corte Interamericana ha establecido que las atribuciones del Estado en temas de seguridad carcelaria, atienden a la necesidad de mantener el orden y la buena organización de la vida en común. Corte IDH, Asunto Cárcel de la Cárcel Urso Branco respecto de Brasil; Medidas Provisionales, Resolución de 22 de abril de 2003, Considerando 10º, y Resolución del 7 de julio de 2004, considerado 12º.

[125] Extraído de casomartaalvarez.rednacionaldemujeres.org. Informe de Fondo/CIDH (Artículo 50).

[126] Para su estudio, la Corte realizó un análisis de las siguientes sentencias, categorizadas por años: del año 1992 se halla la Sentencia T-494; de 1993, la T-273 y la T-222; de 2002, la T-269; de 2003, la T-1204, T-718 y T-499; de 2005 la T-134; de 2006, la T-1062 y T-795; de 2007, la T-894 y T-566; de 2008, la T-515 y T-274; de 2009 la T-511; de 2011 la T-265; de 2012 la T-474; de 2013, la T-815, T-709, T-559, T-372 y T-266; de 2014, la T-937 y T-428; de 2015 la T-323; de 2016, la T-686 y T-276; y de 2017 la T-162.

[127] Indicó allí este Tribunal que “El derecho a la intimidad comprende una temática amplia que cobija muchos aspectos de la vida pública y privada de las personas, entendiendo ésta última como aquel espacio personalísimo que por su naturaleza no le atañe a terceros. La realización personal y el libre desarrollo de la personalidad exigen de parte de los particulares y del Estado, el reconocimiento y el respeto de las conductas que la persona realiza, para vivir de manera sana y equilibrada, física y emocionalmente. La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”.

[129] Sentencia T-424 de 1992.

[130] Sentencia T-222 de 1993.

[131] En la sentencia T-424 de 1992 la Corte especificó: “El derecho a la intimidad comprende una temática amplia que cubre muchos aspectos de la vida pública y privada de las personas, entendiendo ésta última como aquel espacio personalísimo que por su naturaleza no le atañe a terceros. La realización personal y el libre desarrollo de la personalidad exigen de parte de los particulares y del Estado, el reconocimiento y el respeto de las conductas que la persona realiza, para vivir de manera sana y equilibrada, física y emocionalmente. La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad”.

[132] De igual manera, en esa oportunidad se subrayó respecto a la visita íntima que “el Estado y las instituciones carcelarias también deben propender por su realización por la relación que ésta tiene con otros derechos fundamentales”, de tal manera que, existe una correspondencia entre la visita íntima y el ejercicio de derechos como son la intimidad y la dignidad humana.

[133] La Corte ya hizo referencia a este caso, que se contrae a la demanda de la señora Martha Lucía Álvarez Giraldo, que frente a hechos de visita íntima con persona diferente al que conoció la Corte Constitucional, fue admitido en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[134] Sentencia T-269 de 2002.

[135] Sentencia T-134 de 2005. La Corte expresó que el desarrollo de la sexualidad hace parte del derecho a la vida en condiciones dignas. Al tratarse de personas privadas de la libertad, se hace esencial para los reclusos y su pareja el poder relacionarse, pues se afecta no solo el aspecto físico sino el psicológico.

[136] Sentencia T-511 de 2009.

[137] Sentencia T-718 de 2003.

[138] Ver entre otras, las sentencias T-372 de 2013, T-474 de 2012, T-274 de 2008, y T-894 y T-566 de 2007.

[139] Sentencia T-372 de 2013.

[140] Sentencia T- 474 de 2012.

[141] Enfatizó la Corte que “la falta de humanización en las cárceles del país, en reconocer la importancia de los reclusos como seres morales, genera que no pueda hablarse de hacer justicia o de que el estado de reclusión haga parte de la resocialización que pretende la privación de la libertad intramural para mejorar al individuo. El ser humano es un fin en sí mismo y eso se debe reflejar en la forma como el Estado liberal considera y trata a la población carcelaria, especialmente cuando estamos frente a una relación de especial sujeción entre la Administración y los reclusos”.

[142] En ese sentido, la Corte dio dos órdenes. La primera, que la Contraloría revisara si había lugar a una investigación fiscal por una contratación que no respondió a las especificaciones legales, y la segunda, que el Ministerio de Justicia, el INPEC y el Departamento Nacional de Planeación, en la siguiente vigencia fiscal, realizaran las gestiones administrativas y apropiaciones presupuestales necesarias para iniciar las obras de infraestructura requeridas con el fin de que las visitas íntimas se practicaran en condiciones dignas.

[143] El caso estudiado está relacionado con una mujer privada de su libertad en la cárcel La Picaña, en Ibagué, que solicitó por medio de una tutela que el INPEC retirara esta barrera administrativa para poder tener nuevas visitas íntimas con la persona que ella deseaba, pues se le había indicado que para poder dar trámite a su solicitud de anulación de su visita íntima, debía anexar manifestación escrita por parte de su compañero sentimental con firma y huella a fin de soportar la decisión de mutuo acuerdo de la petición realizada. En este evento, además de ordenar acceder a las pretensiones de la accionante, este Tribunal ordenó al INPEC que impartiera instrucciones a los directores de los centros penitenciarios y carcelarios informando que en las solicitudes de cancelación de visitas íntimas debería bastar la manifestación del interesado.

[144] Sentencia T-511 de 2009.

[145] Sentencia C-916 de 2002.

[146] En esta sentencia, la Sala Sexta de Revisión estudió la situación que se presentaba en la Penitenciaría Nacional de Valledupar, en donde se realizaban requisas denigrantes a las

mujeres que visitaban a los reclusos y solo se permitían visitas íntimas cada 60 días. Finalmente, concedió el amparo y previno al centro de reclusión accionado a no realizar requisas vejatorias para el ingreso al establecimiento carcelario, así como realizar los esfuerzos necesarios para que las visitas íntimas se pudieran llevar a cabo con mayor frecuencia y suministrar los medios necesarios para la garantía de la salubridad de los usuarios de cubículos de visitas íntimas.

[147] Al respecto ver Sentencias T-762 de 2015, T-388 de 2013 y T-153 de 1998.

[148] “ARTICULO 112. REGIMEN DE VISITAS. Los sindicatos tienen derecho a recibir visitas, autorizadas por fiscales y jueces competentes, de sus familiares y amigos, sometiéndose a las normas de seguridad y disciplina establecidas en el respectivo centro de reclusión. El horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se lleven a cabo las visitas serán reguladas por el régimen interno de cada establecimiento de reclusión, según las distintas categorías de dichos centros y del mayor o menor grado de seguridad de los mismos//Se concederá permiso de visita a todo abogado que lo solicite, previa exhibición de su Tarjeta Profesional y si mediare aceptación del interno// Los condenados podrán igualmente recibir visitas de los abogados autorizados por el interno. Las visitas de sus familiares y amigos serán reguladas en el reglamento general// Los visitantes que observen conductas indebidas en el interior del establecimiento o que contravengan las normas del régimen interno serán expulsados del establecimiento y se les prohibirán nuevas visitas, de acuerdo con la gravedad de la falta teniendo en cuenta el reglamento interno del centro carcelario// Al visitante sorprendido o que se le demuestre posesión, circulación o tráfico de sustancias psicotrópicas, estupefacientes, armas o suma considerable de dinero, le quedará definitivamente cancelado el permiso de visita a los centros de reclusión, sin perjuicio de la acción penal correspondiente// En casos excepcionales y necesidades urgentes, el director del establecimiento podrá autorizar visita a un interno, por fuera del reglamento, dejando constancia escrita del hecho y de las razones que la motivaron y concedido por el tiempo estrictamente necesario para su cometido// La visita íntima será regulada por el reglamento general, según principios de higiene, seguridad y moral.” (El resaltado es de la Sala).

[149] Resaltado y subrayado de esta Corporación.

[150] Debe recordar la Sala que sobre los apartados subrayados de la norma, el Consejo de

Estado declaró su nulidad en la decisión del 5 de marzo de 1998 a la que se hizo referencia en el numeral 3 de las consideraciones.

[151] Norma que modificó, en algunos apartados, la Ley 65 de 1993.

[152] Cfr. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2011. Párrafo 49. Cfr. Corte I.D.H., Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 98; Corte I.D.H., Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 111; Corte I.D.H., Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 243.

[153] Sentencia T-266 de 2013.

[154] Sentencia T-324 de 2011.

[155] La subordinación se fundamenta “en la obligación especial de la persona reclusa consistente en cumplir una medida de aseguramiento, dado su vinculación a un proceso penal, o una pena debido a que es responsable de la comisión de un hecho punible”. Sentencia T-690 de 2010.

[156] La sentencia T-175 de 2012 señala: “[e]ntre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentra ‘el deber de trato humano y digno, del deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica, y el derecho al descanso nocturno, entre otros (Sentencia T-596 de 1992)’”.

[157] Sentencia T-035 de 2013.

[158] Sentencia T-750 de 2003.

[159] Subrayado de la Sala.

[160] El resaltado es de la Sala.

[161] El resaltado es de la Sala.

[162] Sentencia T-718 de 2003.

[163] La sentencia T-894 de 2007 fue clara en advertir que “la discrecionalidad legal del traslado de los internos, impide en principio que el juez de tutela interfiera en la decisiones adoptadas al respecto por parte de las autoridades penitenciarias, permitiendo únicamente la intervención por parte de este cuando tal decisión envuelva un carácter arbitrario o vulnere o amenace derechos constitucionales fundamentales que no puedan ser limitados o suspendidos, ni siquiera estando en la condición de reo, como lo serían el derecho a la vida, la integridad física y la salud, entre otros”.

[164] Registro 34:03 a 34:42 del Cd 2.

[165] Registro 34:55 a 37:17 del Cd 2.

[166] El artículo 139 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 85 de la Ley 1709 de 2014, estipula: “Art. 139. Permisos excepcionales. En caso de comprobarse estado de grave enfermedad o fallecimiento de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad, primero civil y primero de afinidad, de la persona privada de la libertad, el Director del respectivo establecimiento de reclusión, procederá de la siguiente forma: 1. Si se trata de condenado, podrá conceder permiso de salida bajo su responsabilidad, por un término no mayor de veinticuatro horas, más el tiempo de la distancia si la hubiere, tomando las medidas de seguridad adecuadas y comunicando de inmediato al Director del Inpec; 2. Cuando se trate de procesado, el permiso lo concederá el funcionario judicial de conocimiento, especificando la duración del mismo sin que exceda de veinticuatro horas, por cada vez que se conceda, más el tiempo de la distancia si la hubiere.

PARÁGRAFO 2o. El condenado o el procesado como requisito indispensable para el otorgamiento de permisos excepcionales, asumirá y pagará de manera previa o concurrente los gastos logísticos, de transporte, de alimentación, de alojamiento y los demás que puedan originarse a causa del permiso concedido. Los gastos asumidos serán los propios y los de sus guardianes.

Si la persona privada de la libertad estuviere en incapacidad económica para sufragar estos gastos, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrá exonerarlo de los mismos, si su condición económica está debidamente demostrada. En este caso los gastos serán asumidos por el Inpec.”.

[167] Folio 25 del Cuaderno de la Corte.

[168] Folio 22 del C. de la C.

[169] Folio 23 del Cuaderno de Instancia 1.

[170] Folio 23 del Cuaderno de la Corte.

[171] El subrayado y las mayúsculas sostenidas pertenecen al texto original.

[172] Así lo indicó el Juzgado el 31 de octubre de 2017 ante el requerimiento realizado por esta Corporación (fl. 20 del Cuaderno de la Corte).

[173] Folio 23 del Cuaderno de la Corte.

[174] El Juzgado de Conocimiento informó que el detenido había sido trasladado desde Bogotá hacia Florencia sin conocer la razón de ello (fl. 20 del Cuaderno de la Corte).

[175] Pueden verse, entre otras, las Sentencias T-372 de 2013, T-474 de 2012, T-274 de 2008, y T-894 y T-566 de 2007.

[176] Ver en este sentido las Sentencias T-566 de 2007, T-795 de 2006 y T-718 de 2003, que tratan específicamente el caso de personas a las que se les presentaron dificultades para el traslado al lugar donde se hallaba interno el recluso al que se visitaría.

[177] Folio 23 del Cuaderno de la Corte.

[178] Sentencia T-011 de 2016.

[179] Sentencia T-168 de 2008.

[180] Frente a esta última, ver los fallos T-481 de 2016, T-200 de 2013, T-585 de 2010 y T-988 de 2007.

[181] Así, por ejemplo, en las sentencias T-082 de 2006, T-630 de 2005 y SU-975 de 2003.

[182] Sentencia SU-540 de 2007.

[183] Sentencia T-890 de 2013.

[184] Sentencias T-478 de 2014 y T-877 de 2013.

[185] Sentencia T-637 de 2013.

[186] Sentencia T-970 de 2014.

[187] Sentencia SU-540 de 2007, oportunidad en la que la Corte unificó su posición en cuanto a emitir un pronunciamiento de fondo, aunque se constate que el daño ya está consumado.

[188] En la sentencia T-576 de 2008, en la cual se conoció de la muerte de un niño como consecuencia de la falta de atención médica, se resolvió proteger la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, dado que no resultaba posible amparar su dimensión subjetiva debido a la configuración de la carencia actual de objeto por daño consumado. En consecuencia, la Sala ordenó a la E.P.S. accionada “que en reconocimiento de su responsabilidad por la no protección de los derechos constitucionales fundamentales de los niños”, emprendiera acciones como colgar una placa en lugar destacado y visible a la entrada de todas sus clínicas en las que se resaltara la obligación en cabeza de las personas que prestan atención en salud de proteger en todo momento los derechos fundamentales de los niños a la salud y a la vida en condiciones de calidad y de dignidad.

[189] Sentencia T-523 de 2016.

[190] Ya no entendido como la situación a partir de la cual los factores que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela fueron superados por cualquier motivo (Ver Sentencias: SU-225 de 2013; T-630 de 2005; T-597 de 2008; T-170 de 2009; T-100 de 1995; T-570 de 1992; T-675 de 1996) sino que limita su campo de aplicación a aquellos eventos en los que dicha situación tuvo lugar con ocasión al obrar de la entidad accionada.

[191] Sentencia T-481 de 2016.

[192] Folio 25 del Cuaderno de Instancia 1.

[193] Folio 23 del Cuaderno de la Corte.