

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER TRASLADO DE CELDA DENTRO DE UN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Procedencia cuando se acredita la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del procedimiento ordinario

Cuando un recluso requiera un cambio de celda y acuda directamente a la tutela le corresponde al juez, para desplazar las competencias del fallador común, constatar que en el asunto se acredita la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del procedimiento ordinario.

CAMBIOS DE CELDA EN EL SISTEMA PENITENCIARIO COLOMBIANO-Normatividad

Para que un recluso pueda ser cambiado de celda debe mediar el pronunciamiento de la junta de distribución de patios y asignación de celdas, pues esta cuenta con el personal multidisciplinario idóneo para analizar la viabilidad de la solicitud respectiva.

PROTECCION A PERSONAS CON ORIENTACION SEXUAL DIVERSA Y LIMITES AL EJERCICIO DE SUS DERECHOS

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER TRASLADO DE CELDA DENTRO DE UN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Improcedencia por cuanto no se evidenció un perjuicio irremediable, ni se demostró que el medio de defensa judicial no fuera idóneo

Referencia: Expediente T-5.811.081

Demandante: Johan Esteban Ramírez Ocampo

Demandado: Cárcel Nacional Modelo

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función

de Conocimiento de Bogotá D.C..

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Diez por medio de Auto de 28 de octubre de 2016 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Johan Esteban Ramírez Ocampo, a nombre propio, interpuso la presente acción de tutela en contra de la Cárcel Nacional Modelo, con la intención de que se le ampare su derecho fundamental a recibir un trato especial y digno por pertenecer a la población LGBTI, el cual considera transgredido por la falta de privacidad e intimidad que padece en la celda en la que, en la actualidad, se encuentra recluso en tanto que allí no se le brinda un manejo adecuado por parte de sus compañeros y del personal de vigilancia del patio, pues constantemente es sometido a humillaciones y burlas en razón a su orientación sexual. En consecuencia, solicitó su traslado de celda.

2. Hechos

Del escrito presentado, pueden extraerse los siguientes:

2.1. El actor pertenece “a la comunidad LGBTI desde niño” y, desde el 1° de abril de 2014, se encuentra recluido en la Cárcel Nacional Modelo en donde, inicialmente, lo ubicaron en el piso primero y, con posterioridad, para procurarle un “poco de comodidad”, según afirma, lo trasladaron al piso cuarto.

2.2. No obstante, a pesar de que solicitó el anterior traslado, lo cierto es que en el nuevo espacio que le fue asignado para dormir ha sido objeto de malos tratos y burlas “por su condición” en tanto que lo han puesto a descansar en el pasillo, situación que se ha repetido en tres ocasiones, a su parecer, “porque los pasilleros [lo] han sacado... por solicitud de los que se creen dueños de las planchas”.

Del mismo modo, ha tenido que soportar los maltratos psicológicos, físicos y verbales por su orientación sexual. Señalando que no desea detallar en alguno de ellos en su escrito de demanda. Pero, a pesar de ello, adujo que ha sido víctima de discriminación por otros internos quienes lo han irrespetado pues “juegan, con [sus] pantys y braceres, cosas personales, arreglos, que [le] hurtan”.

2.3. Refirió el demandante, que un funcionario “nos asignó un bunker del 4° p – para nosotras!” por lo que le resulta extraño que desde el 29 de enero de 2016 lo tienen durmiendo en la carretera del pasillo y, los últimos días, de manera aleadaña a los baños “como si [el] fuera lo peor”.

2.4. Por todo lo anterior, acudió al recurso de amparo para solicitar que se ordene una medida que asegure el respeto a su “derecho a la privacidad e intimidad por su condición” y, en consecuencia, se le traslade a la celda a la que fue “asignado por ley la No. 47 –pasillo 3 piso dos o en su defecto- se [le] permita acomodar en el BUNQUER de los GAYS 4° piso” .

3. Pretensiones

El demandante solicita el amparo de sus derecho fundamental a un trato especial y digno y, en consecuencia, el respeto a su intimidad y privacidad lo cual, a su modo de ver, se logra con el traslado de celda dentro del mismo establecimiento carcelario en el que se encuentra recluso.

4. Pruebas

El actor no allegó ninguna prueba con su escrito de demanda.

5. Respuesta de la entidad demandada

5.1. Cárcel Nacional Modelo

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente el director del referido establecimiento penitenciario dio respuesta a los requerimientos señalados en el escrito de tutela y solicitó que se declare su improcedencia por las razones que, a continuación, se sintetizan.

Ante todo advierte que los hechos manifestados por el demandante fueron remitidos al Comando de Vigilancia del Establecimiento el cual manifestó que el peticionario nunca ha presentado queja alguna ante ellos con fundamento en situaciones de convivencia que hayan

implicado la vulneración de sus derechos. Sin embargo, con fundamento en lo indicado en la tutela, le ordenaron a la Policía Judicial del penal que realizara las respectivas entrevistas tanto al recluso, como a los funcionarios encargados de la vigilancia del patio respectivo.

Así las cosas, luego de realizarlas el interno indicó que los hechos que generaron su inconformidad ocurrieron en junio de 2015 cuando otro recluso lo maltrató, pero, a pesar de lo anterior, no desea interponer ningún tipo de denuncia en su contra.

Por su parte, el inspector y la dragoneante del patio señalaron que, a diferencia de lo indicado por el actor, ellos no tienen nada que ver con los cambios de patio pues los mismos son aprobados por un grupo interdisciplinario denominado “Junta de Asignación de Patios y Celdas” el cual está integrado por el director, el comandante de vigilancia, un médico, un psicólogo y un representante de la oficina jurídica de conformidad con lo estipulado en la Ley 65 de 1993.

En ese sentido, a juicio del director del penal, tal junta es la encargada de asignar los patios y las celdas, la cual, una vez estudió este caso, teniendo en cuenta el tipo de delito por el que se encuentra sindicado el actor (actos sexuales con menor de 14 años), consideró que debía ser asignado al pabellón 1A.

Agregando, que en la época en que ocurrieron los hechos que presuntamente le vulneraron sus derechos, la junta ordenó su traslado en aras de salvaguardar su integridad.

Además, precisó que por las condiciones carcelarias actuales, es imposible, en aras de la privacidad y por pertenecer a la comunidad LGBTI, brindarle una celda sola al demandante pues, por el hacinamiento que padecen, se hace necesario que en cada una de las celdas permanezcan dos o tres personas.

Aclaró que para obtener un cambio de celda por convivencia se tienen otros mecanismos a los que el petente puede acudir con ayuda de una ONG, que está dedicada a apoyar a los reclusos con orientaciones sexuales diversas que se encuentran reclusos dentro del establecimiento penitenciario demandado.

Por último, señaló que no han transgredido ningún derecho fundamental y anexaron las copias de las aludidas entrevistas y de la cartilla biográfica del interno.

. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Decisión de única instancia

El Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C., declaró la improcedencia de recurso de amparo mediante providencia del 17 de marzo de 2016.

En efecto, el juzgado mencionado indicó que “sin dejar de lado que las personas privadas de su libertad se encuentran en una especial relación de sujeción, así como que los integrantes de la comunidad LGBTI han de recibir por parte de las autoridades un trato discriminatorio positivo por medio de la adopción de las llamadas acciones afirmativas, con arreglo a lo estatuido en el artículo 13 de la carta política, (sic) también es cierto que, ante la existencia de otros medios de defensa y la falta de acreditación de que los mismos se hubieran agotado previamente a acudir a la acción de tutela, por regla general, ésta deviene improcedente.”.

En ese sentido, para el fallador, el demandante tenía la posibilidad de acudir ante la “(...) Junta de Distribución de Patios y Asignación de Celdas a la que aluden los artículos 63 del Código Penitenciario y Carcelario y 81 del Acuerdo 11 de 1995, expedido por el Consejo Directivo del INPEC (...)”. Colectivo que está integrado por diversas autoridades que cuentan con mayores elementos de juicio y conocimiento especializado para adoptar una decisión ante los posibles inconvenientes de convivencia que el actor ponga de presente, por lo que no es viable que el juez de tutela usurpe sus competencias, máxime cuando no se advierte ninguna circunstancia que haga procedente la tutela de manera excepcional.

Agregó, que no existe ninguna circunstancia que permita acreditar que el actor se encuentra frente a un perjuicio irremediable pues de las supuestas agresiones de las que aduce ha sido víctima no tiene interés alguno en interponer denuncia y, además, muchas de sus afirmaciones fueron refutadas por los funcionarios del penal lo que impide tener por demostrados los supuestos para otorgar un amparo transitorio.

Por tanto, ante la ausencia de constatación de motivos que justifiquen una intervención inmediata y debido a la existencia de otros mecanismos a los que puede acudir con apoyo de la ONG que se encuentra en el penal, que presta sus servicios a los reclusos con otras orientaciones sexuales, procedió a declarar la improcedencia de la acción.

III. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE

Mediante auto del 2 de diciembre de 2016, el magistrado ponente consideró necesario decretar pruebas a efectos de mejor proveer y, en consecuencia, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO.- OFICIAR a la Defensoría del Pueblo. -SECCIONAL BOGOTÁ D.C., para que, en el término de tres (3) días, contados a partir de la comunicación de este auto, realice una inspección a la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá a fin de emitir un informe detallado a esta

Corporación sobre las condiciones actuales de Johan Esteban Ramirez Ocampo (T.D. 114367569) y los hechos que generan la inconformidad señalada en su escrito de tutela, así como también el trato que le ha brindado el establecimiento demandando a su solicitud. Reporte que, además, deberá describir lo siguiente:

1. El lugar en el que se encuentra el dormitorio del demandante.
2. Las condiciones actuales de la celda que le fue asignada.
3. Si ha sido sometido a un criterio de discriminación en razón de su orientación sexual y/o identidad de género femenino por parte de la entidad demandada o de algún recluso.
4. Si dentro del establecimiento carcelario existe un manejo diferenciado para las personas que tienen una orientación sexual diversa y/o identidad de género femenino.”

Así las cosas, mediante documento allegado a este despacho el 19 de diciembre de 2016, el Defensor del Pueblo, Regional Bogotá D.C., en cumplimiento de la comisión asignada, adjuntó el informe que presentó la funcionaria de ese despacho delegada para realizar la inspección, anexando, además, material fotográfico, unas fotonovelas con material impreso respecto de los derechos de la población LGBTI y un documento sobre las políticas administrativas que para la atención de personas con identidad de género femenino adelanta el establecimiento cuestionado.

En resumen, en el documento suscrito por la funcionaria que visitó al demandante se expone lo siguiente:

1. Johan Esteban se encuentra recluso en el patio 1, pasillo 8, el cual, al igual que la celda, están iluminados artificialmente y, esta última, carece de ventilación.

2. Los camarotes son de cemento y el recluso permanece en el interior de la celda ocupando uno de ellos que tiene colchoneta y cobijas. No obstante, es muy estrecha su cama y cuenta con poca altura respecto de la que se encuentra arriba por lo que no puede sentarse o incorporarse con normalidad y comparte celda con otro recluso.

La celda tiene aproximadamente 1,20 mts de ancho por 2,20 mts de fondo y 2 mts de alto “no siendo apta para una reclusión en condiciones dignas” y, además, “no tiene fácil acceso a servicios de baño, agua y luz.”.

3. El recluso no fue explícito en cuanto a que esté siendo discriminado por personal de guardia pues cuando se le indagó acerca de si ha sido sometido a un tipo de discriminación en razón de su orientación sexual expresó “en cuanto a la entidad NO, en relación a los reclusos solamente verbal”.

Por lo que la funcionaria consideró que “puede existir algún trato discriminatorio en cuanto la actitud verbal por parte de los reclusos, sin embargo en criterio de esta funcionaria no deja dilucidar aspectos de discriminación por su condición de LGBTI por parte de los servidores públicos.”.

4. Con relación al cuestionamiento encaminado a saber si dentro del establecimiento carcelario demandado existe un manejo diferenciado, indicó el informe que en el lugar se hallan 70 personas declaradas miembros de la comunidad LGBTI, lo que evidencia que son una minoría que no supera el 1% de la población privada de la libertad existente en el penal.

Tales personas se encuentran en iguales condiciones de reclusión respecto a los demás

internos, compartiendo las celdas en todos los niveles, pues no existen celdas exclusivas para el personal LGBTI.

Advirtió que quienes manejan la cárcel visitada, en cumplimiento de varias directivas transitorias y permanentes han impartido instrucciones a efectos de asegurar el respeto y la protección de los internos miembros de la comunidad LGBTI y generar sensibilización hacia ellos en el resto de la población allí recluida y en los servidores públicos, con apoyo de ONGs e instituciones por medio del uso de actividades lúdicas, didácticas, marchas conmemorativas, obras de teatro, folletos y cartillas.

Por último, señaló que el representante de derechos humanos de la población LGBTI le informó que la institución es respetuosa de sus derechos y que facilita las muy diversas actividades que desarrollan en favor de ese grupo en específico, en aras de concientizar sobre sus derechos.

Adicionalmente, la funcionaria allegó la entrevista que le realizó al actor de la cual en algunos de sus apartes, textualmente se indica por este:

“duermo en una parte baja de la plancha con un poco de desorden porque estoy con una persona mayor, pero igual las condiciones son adecuadas.”.

Que “existen herramientas que [le] han ayudado mucho como el descuento, el área de psicología y la ONG Parces”.

Y, por último, que “no ha habido ninguna interferencia por parte de la guardia ni trato discriminatorio, ni maltrato físico, ni verbal, ni tampoco ha sido sometido a vejámenes en razón de su orientación sexual.”.

Por otro lado, la funcionaria comisionada adjuntó un documento en el que se relacionan las políticas administrativas para la atención de personas con identidad de género femenino en la cárcel visitada en el que se refiere lo siguiente:

Dentro del trabajo institucional buscan el reconocimiento y respeto de la población perteneciente a los sectores LGBTI por lo cual se imparten las directrices por parte del director general del INPEC con la intención de sensibilizar tanto a funcionarios como internos por el respeto de los derechos que le asisten a la aludida población.

En ese sentido, la Cárcel Modelo de Bogotá, en aras de dar cumplimiento a la Directiva Transitoria No. 017 de 2015 y la permanente No. 010 de 2011 ha realizado diversas actividades con la finalidad de cumplir con los objetivos y misiones asignadas tendientes a garantizar el respeto de las personas LGBTI en los establecimientos de reclusión.

Por tanto, dan cumplimiento a todas las instrucciones que se ha dictado para tal comunidad, en relación con las visitas íntimas, el corte de cabello, el ingreso de elementos de belleza, prendas de vestir y requisas.

Asimismo, resaltaron que ese establecimiento cuenta con el apoyo de la fundación PARCES, la cual actúa como un agente que reacciona contra la discriminación, la exclusión, el rechazo, el maltrato, la violación y la negación de derechos a las personas y comunidades diversas.

En coordinación con tal ONG, la oficina de Derechos Humanos y Psicosocial ha implementado estrategias para asegurar un cuidado real de los derechos de la población LGBTI tales como capacitaciones a ambientes laborales con enfoque inclusivo, desarrollando, entre otros, la

siguiente temática:

- Derechos Humanos de la Población LGBTI
- Violencia Simbólica. Imaginarios colectivos
- Género
- Socialización Resolución No. 004130 del 23 de agosto de 2016 “Por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional –ERON a cargo del INPEC”.

Además, en el marco del día nacional de los derechos humanos, se programaron unas charlas con la Alcaldía de Bogotá dirigida a capacitar en la protección y el respeto de las prerrogativas de la comunidad LGBTI, las cuales fueron dirigidas a diferentes compañías y población privada de la libertad.

En cumplimiento de la Directiva Transitoria No. 010 de 2016, emanada de la Dirección General del INPEC, el establecimiento demandado realizó la conmemoración del día del orgullo de la comunidad LGBTI, en el marco del respeto de los derechos humanos para los reclusos pertenecientes a ese grupo.

En ese sentido, el 30 de junio de 2016, se llevó a cabo tal celebración en el establecimiento, en coordinación con el Cónsul de Derechos Humanos y Atención Psicosocial y el apoyo de la ONG PARCES. Estrategia que ha servido para avanzar en el propósito de sensibilización y respeto de sus derechos por parte de población reclusa en general.

A lo que se suma que la comentada ONG ha realizado una serie de talleres lúdicos sobre la autoconstrucción de la identidad de género y sexual de cada individuo, por ejemplo, mediante la elaboración de carteleras con mensajes relacionados con estereotipos, desfiles por los pasillos, fotonovelas como: Los derechos de Adriana, etc..

Por otro lado, la Corte dentro del auto de pruebas también dispuso:

“SEGUNDO.- Por Secretaría General de esta Corporación, OFICIAR al señor JOHAN ESTEBAN RAMÍREZ OCAMPO, recluso en la Cárcel Nacional Modelo de Bogotá, identificado con la T.D. No. 114367569, para que en el término máximo de cinco (5) días, contados a partir de la comunicación de este auto, informe a esta Sala:

1. 1. Sus condiciones actuales de reclusión.
2. 2. Si ha sido víctima de tratos discriminatorios dentro del establecimiento carcelario. En caso afirmativo, indique de qué índole, por qué personas y si el establecimiento carcelario ha tomado alguna medida positiva tendiente a evitarlo.
3. 3.Cuál es su condición judicial actual.

Para efectos de su pronunciamiento, allegar las pruebas documentales que considere pertinentes.

TERCERO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFICIAR a la Cárcel Nacional La Modelo para que, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, informe a esta Sala:

1. 1. Las políticas administrativas que manejan en el centro de reclusión para las personas con identidad de género femenino.

2. 2. Cuál es la condición judicial actual del interno Johan Esteban Ramírez Ocampo, identificado con T.D. No. 114367569.

Para efectos de su pronunciamiento, allegar las pruebas documentales que considere pertinentes.

CUARTO. Por Secretaría General de esta Corporación, OFICIAR al Instituto Nacional Penitenciario (INPEC) para que, por intermedio de su representante legal o quien haga sus veces, informe a esta Sala las directrices generales que tienen respecto al manejo diferenciado para las personas reclusas con orientación sexual diversa y/o identidad de género diferente a la población general del establecimiento penitenciario.”

Requerimientos frente a los cuales el director del establecimiento remitió copia de la Tarjeta Decadactilar del recluso y del informe que le dio a la Defensoría del Pueblo en la inspección que realizó, sobre las políticas administrativas que adelantan en el penal para la población LGBTI.

Sin embargo, el demandante guardó silencio.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala Cuarta, para revisar la decisión proferida en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Legitimación por activa

En virtud de lo establecido en el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial al cual puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados como consecuencia de las acciones u omisiones de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

En concordancia con lo anterior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, estableció que esta acción constitucional podrá ser ejercida en todo momento y lugar, por cualquier persona, quien podrá actuar por sí misma o a través de representante.

En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por el señor Johan Esteban Ramírez Ocampo, a nombre propio, razón por la que se encuentra legitimado.

3. Legitimación por pasiva

La Cárcel Nacional Modelo es un establecimiento público, por tanto, de acuerdo con el

artículo 5º del Decreto 2591 de 1991, está legitimada como parte pasiva, en la medida en que de ellas se predica la vulneración de los derechos fundamentales en discusión.

4. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional analizar si en el presente asunto se están transgrediendo los derechos fundamentales del actor a recibir un trato digno, el cual considera vulnerado con el tratamiento que le han dado en el establecimiento donde se encuentra privado de la libertad luego de que fuera trasladado de celda.

Para resolver el asunto, esta Sala estudiará de manera previa los siguientes temas: (i) la procedencia de la acción de tutela para obtener el traslado de celda dentro de un establecimiento carcelario, (ii) los cambios de celda en el sistema penitenciario colombiano y, por último, (iii) la protección a las personas con orientación sexual diversa.

5. La procedencia de la acción de tutela para obtener el traslado de celda dentro de un establecimiento carcelario

Para acudir a la acción de tutela, por regla general, el afectado no debe contar con otro mecanismo ordinario de protección para lograr el disfrute de sus derechos.

En ese sentido, solamente cuando no se prevea en el ordenamiento jurídico un procedimiento común al cual acudir, con el mencionado propósito, se puede invocar la intervención del juez constitucional para que profiera una medida de amparo tendiente a evitar o a hacer cesar el daño de sus derechos fundamentales.

Sin embargo, como ha sido reiterado en innumerables oportunidades, este Tribunal ha aclarado que la regla anterior tiene unas excepciones que permiten ejercer la acción de tutela en cualquier caso, como cuando se pretende evitar un perjuicio irremediable o el medio de defensa judicial con que se cuenta resulta ineficaz.

Así las cosas, las personas pueden acudir a la tutela, aun cuando el ordenamiento jurídico establezca otros mecanismos para dirimir el conflicto, siempre y cuando, (i) el ciudadano demuestre que acude a este de manera transitoria para que se adopte una medida temporal toda vez que se encuentra frente a un perjuicio irremediable y, (ii) a pesar de que cuenta con un procedimiento judicial ordinario, atendiendo a las circunstancias particulares que afronta, este no resulta idóneo.

Con relación a la primera posibilidad, la Corte ya ha identificado una serie de elementos que permiten tener claridad sobre la posible existencia de un perjuicio irremediable frente al cual se justifica el desplazamiento transitorio de las competencias del juez común. En efecto, desde la Sentencia T-225 de 1993, se mencionaron los siguientes: urgencia, gravedad, imposterabilidad e inminencia.

Por otro lado, frente a la segunda posibilidad se ha indicado que está encaminada a analizar la idoneidad del mecanismo ordinario de defensa frente a las condiciones concretas que padece el ciudadano lo que implica que el juez de tutela deba observar si el proceso común cuenta con las medidas necesarias, suficientes e idóneas para evitar la consumación de un daño a las prerrogativas de la persona. Para lograr determinar lo anterior, debe observar las condiciones particulares que padece el afectado.

Por consiguiente, cuando, como el caso examinado, un recluso requiera un cambio de celda y

acuda directamente a la tutela le corresponde al juez, para desplazar las competencias del fallador común, constatar que en el asunto se acredita la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del procedimiento ordinario.

La estructura central actual de nuestro Sistema Penitenciario se consagró en la Ley 65 de 1993, en la que, respecto a la clasificación de los internos por celdas indicó, en su artículo 63, lo siguiente:

“CLASIFICACIÓN DE INTERNOS. Los internos en los centros de reclusión, serán separados por categorías, atendiendo a su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental. Los detenidos estarán separados de los condenados, de acuerdo a su fase de tratamiento; los hombres de las mujeres, los primarios de los reincidentes, los jóvenes de los adultos, los enfermos de los que puedan someterse al régimen normal.

La clasificación de los internos por categorías, se hará por las mismas juntas de distribución de patios y asignación de celdas y para estos efectos se considerarán no solo las pautas aquí expresadas, sino la personalidad del sujeto, sus antecedentes y conducta.” (Subrayas propias).

Así las cosas, el legislador depositó en las juntas de distribución de patios y asignación de celdas la tarea de clasificar a los internos por categorías, atendiendo las pautas que fueron indicadas, tales como: sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad del sujeto, antecedentes, conducta y condición de salud física y mental.

Por su parte, en el Acuerdo 011 de 1995, en su artículo 81, indicó que las juntas de

distribución de patios y asignación de celdas estarán conformadas por el director quien la preside, el subdirector, el asesor jurídico, el jefe de sanidad, el comandante de vigilancia y el trabajador social o el psicólogo.

También se le atribuye a dicha junta, en el numeral cuarto, la función de “(...) estudiar y aprobar las solicitudes de traslado de pabellones y celdas, previa consideración de la hoja de vida del respectivo interno y de los motivos de la solicitud.”.

El comentado artículo finaliza con la aclaración de que: “(...) Por ningún motivo y sin excepción alguna, se asignará pabellón o celda por mecanismo diferente del señalado en este reglamento.”.

Por tanto, para que un recluso pueda ser cambiado de celda debe mediar el pronunciamiento de la junta de distribución de patios y asignación de celdas, pues esta cuenta con el personal multidisciplinario idóneo para analizar la viabilidad de la solicitud respectiva.

7. La protección a las personas con orientación sexual diversa

La Corte Constitucional ha avanzado con vehemencia en la ampliación de la protección de los derechos de las personas con orientaciones sexuales diversas, desde una perspectiva personal y, como pareja, cuando son expuestas a situaciones que pueden tornarse discriminatorias.

Es así como, a través de distintos fallos dictados en sede de control concreto y abstracto, se han adoptado medidas tendientes a asegurar una igualdad formal y material respecto de la

mayoría de la población colombiana.

Algunas de las decisiones jurisprudenciales de esta Corte que han beneficiado las garantías de los miembros de la comunidad LGBTI, fueron referenciadas en la Sentencia de Unificación 214 de 2016, en la cual, en temas de protección, desde una esfera individual, se trataron asuntos relacionados con el cambio de sexo, manifestaciones públicas de cariño, visitas íntimas dentro de establecimientos carcelarios, acceso a la educación libre de discriminación y protección a personas transgénero.

Del mismo modo, en dicha providencia se destacó la protección que, como pareja, ha brindado la Corte a las personas con orientaciones sexuales diferentes destacando el reconocimiento de sus uniones maritales de hecho, las afiliaciones en salud como beneficiarios de su pareja, la pensión de sobrevivientes, el deber-derecho de alimentos entre compañeros, la porción conyugal, el acceso a la herencia del compañero (a), el constituir familia, la adopción biológica y plena y, por último, el matrimonio igualitario.

En tratándose de personas con orientación sexual diversa reclusas en establecimientos carcelarios y penitenciarios, esta Corte ha procurado extenderles la misma protección o, mayor, respecto de los demás individuos con los que comparten su situación. En ese sentido, en sede de tutela, en la Sentencia T-499 de 2003, dictó medidas encaminadas a garantizarles la visita íntima con su pareja.

Del mismo modo, la Sentencia T-624 de 2005, amparó los derechos a la compañera sentimental de una reclusa que era sometida a unas revisiones y exigencias que atentaban contra su dignidad humana, en tanto que la obligaban a desnudarse y, en esa condición, hacer una serie de ejercicios, así como también, usar falda, prenda con la que se sentía incomoda por su identidad sexual.

En su momento, la Corte consideró que dichas prácticas restringían los derechos fundamentales de estas parejas y, por ende, los amparó dando órdenes precisas tendientes a evitar la exigencia de que una mujer visitante deba ingresar con falda al establecimiento carcelario, medida que se reforzó con el hecho de que el Código Penitenciario, contemplado en la Ley 65 de 1993, prohibió toda forma de discriminación y enmarcó el sistema en unos parámetros de igualdad.

En efecto, dentro del Resolución No. 004130, del 23 de agosto de 2016, el INPEC señaló como principios rectores del Sistema Penitenciario y Carcelario, la dignidad humana, la igualdad, el enfoque de derechos humanos y un enfoque diferencial.

En ese sentido, tal regulación advierte que nadie puede ser discriminado por razón a su orientación sexual, identidad y expresión de género, planteamiento que se acompasa con los postulados que este Tribunal ha sostenido.

Por tanto, para este Tribunal resulta inadmisibile que se adopten medidas tendientes a someter a las minorías diversas al rechazo o a tratos crueles en razón a la orientación sexual que prefieran y, menos aún, que tales actuaciones provengan de un servidor público.

Así las cosas, las expresiones de la diversidad sexual solo pueden ser reprimidas o limitadas cuando lleguen a lesionar derechos de otras personas o alteren el orden público y social, pues en la exteriorización de la conducta homosexual tampoco se permiten comportamientos que menoscaben los intereses de otras personas, al igual que ocurre con los heterosexuales, por tanto, se exige la aplicación de unos estándares mínimos de decoro y decencia exigidos en el desarrollo de cualquier orientación sexual.

De esta forma, como también se predica de las personas heterosexuales, quienes tienen una tendencia homosexual gozan de una serie de derechos en pareja que pueden disfrutar libremente, por lo que a la comunidad en general y, con mayor razón, a las entidades públicas, les corresponde aceptar de manera respetuosa.

Por otro lado, las conductas de carácter sexual solo pueden ser contravenidas por la sociedad y por las instituciones encargadas de mantener el orden público, cuando constituyan actos claramente obscenos, con independencia de la preferencia sexual que tenga la persona que los practique.

Lo anterior, no quiere decir que se prohíban las manifestaciones externas propias de la inclinación sexual, las cuales se pueden realizar en condiciones de igualdad dentro de los parámetros que se imponen para toda la población colombiana.

Por tanto, las entidades públicas deben darle un trato que asegure su igualdad y, por ende, evitar que sean víctimas de tratos crueles, inhumanos, discriminatorios y denigrantes.

8. Caso concreto

Del escrito de demanda presentado se extrae que el señor Johan Esteban Ramírez Ocampo promovió acción de tutela en contra de la Cárcel Nacional Modelo, procurando la protección de sus derechos fundamentales a recibir un trato especial y digno por pertenecer a la comunidad LGBTI.

En efecto, señaló el actor que se encuentra recluso en el aludido establecimiento y, con

ocasión del cambio de celda al que fue sometido, ha sido objeto de tratos crueles e inhumanos por parte de sus compañeros, en razón a su orientación sexual, quienes lo han discriminado, jugado con su ropa interior y objetos personales y sacado de la celda para dormir en el pasillo, sin que los guardias de la zona realicen acciones tendientes a evitarlo.

Por tanto, solicitó el traslado a la celda que le fue asignada inicialmente o al “bunquer” donde permanece la población reclusa perteneciente a la comunidad LGBTI.

En esa medida, el asunto sometido a revisión de esta Corte, goza de una significativa importancia en tanto que el actor es una persona que señala tiene una orientación sexual diversa al indicar que hace parte del colectivo de la comunidad LGBTI y, además, se encuentra recluido en un establecimiento carcelario lo que impone que sea considerado sujeto de especial protección constitucional por la doble connotación de vulnerabilidad que afronta respecto de la mayoría de la sociedad.

Adicionalmente, el caso supone una problemática relevante habida cuenta que el actor adujo en su escrito de demanda que es sometido a tratos crueles e inhumanos por parte de sus compañeros de celda, con el aval de algunos guardias del INPEC que supervisan el pasillo que ocupa.

En cumplimiento de lo que esta Corte solicitó, se le remitió un informe por medio del cual se puso de presente que, a diferencia de lo indicado por el actor en su tutela, éste no se encuentra durmiendo en el piso del pasillo sino en una celda, que según se observó en el curso de la diligencia está en condiciones adecuadas, la cual comparte con un compañero cuyo trato no amerita reproche alguno.

Además, interrogado el actor, este no especificó ningún tipo de trato discriminatorio por parte del personal de guardia lo cual fue corroborado por la funcionaria que realizó la visita y solo hizo mención a que la nefasta practica proviene de algunos reclusos que, de manera verbal, lo incorporan sin que quisiera individualizarlos y, frente a los cuales, expuso, que no deseaba iniciar ninguna denuncia.

Hecho que también fue señalado por el Comando de Vigilancia del Establecimiento, encargado de adelantar las investigaciones internas dentro de la cárcel cuestionada, y al cual el actor no acudió a presentar queja o reclamo respecto del tratamiento recibido por los internos y el personal de guardia.

Por tanto, no es posible entrever ningún tratamiento que suponga una discriminación en razón de la orientación sexual del demandante por parte de la entidad demandada, por el contrario, dentro de la inspección, se demostró que las personas reclusas pertenecientes a la comunidad LGBTI son tratadas con la debida consideración por el ente demandado, compartiendo celdas con los internos que gozan de la misma condición.

También se evidenció que el establecimiento carcelario ha emprendido campañas de sensibilización para que los reclusos y servidores públicos del penal respeten los derechos de los internos pertenecientes a la comunidad LGBTI, por medio de conferencias, obras de teatro, marchas conmemorativas, entre otras.

Actuación esta última que fue exaltada por el representante de derechos humanos de la población LGBTI quien enfatizó que la Cárcel Nacional Modelo es cuidadosa de las garantías de esa comunidad y procura el desarrollo de actividades en aras de concientizar sobre las garantías que les asisten.

Así las cosas, no evidenció esta Corte que el actor enfrente un perjuicio irremediable que amerite un amparo transitorio, ni tampoco demostró las razones por las cuales el procedimiento previsto ante la Junta encargada de la Distribución de Patios y Asignación de Celdas no resulta idóneo para obtener el traslado pretendido, habida cuenta que no existe ninguna condición particular que lo exponga a padecer un daño y que haga imperioso acudir a este mecanismo constitucional.

Por lo demás, durante la visita que en el trámite de esta acción el magistrado ponente ordenó practicar el demandante admitió encontrarse conforme con la celda en la que se encuentra y con el tratamiento que recibe por parte de la persona con la que la comparte y, los únicos hechos que señaló como vulneradores de sus derechos, ocurrieron en junio de 2015, oportunidad en la que, solicitó a la aludida junta el traslado de celda y esta, en aras de salvaguardar su integridad, procedió a ubicarlo en la que actualmente ocupa. Por tanto, se impone que esta Corte proceda a confirmar el fallo de instancia, pero, teniendo en cuenta las consideraciones aquí expuestas.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión proferida el 17 de marzo de 2016, por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá D.C..

SEGUNDO.- Por Secretaría, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-060/17

Referencia: Expediente T-5.811.081

Acción de tutela presentada por Johan Esteban Ramírez vs. Cárcel Nacional Modelo

Asunto: la acción de tutela como mecanismo para obtener el cambio de celda y protección de las personas de la comunidad LGBTI privadas de la libertad.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación

presento las razones que me conducen a salvar el voto en la sentencia T-060 de 2017, adoptada por la mayoría de la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación, en sesión del 3 de febrero de 2017.

1. En la providencia de la que me aparto, la Sala decidió confirmar la decisión del juez de instancia que declaró improcedente el amparo solicitado, por las siguientes razones: (i) de las pruebas se evidenció que el actor no duerme en el pasillo como lo afirmó en su escrito de tutela, sino que tiene una celda que comparte con un compañero; (ii) en el interrogatorio que le realizó la Defensoría del Pueblo el peticionario no especificó ningún trato discriminatorio por parte de los guardias del establecimiento, sólo manifestó que algunos reclusos lo ofendían verbalmente por su orientación sexual; (iii) el actor no presentó ninguna queja al comando de vigilancia del establecimiento sobre los tratos discriminatorios; (iv) no se demostró ningún acto de discriminación hacia el accionante por parte de la entidad demandada. Adicionalmente, sobre el presupuesto de subsidiariedad, la sentencia establece que no se demostró que el actor se encontrara ante la ocurrencia de un perjuicio irremediable, ni se probaron las razones por las que el procedimiento ante la Junta Encargada de la Distribución de Patios y Asignación de Celdas no resultaba idóneo para solicitar el traslado.

2. Discrepo de la decisión adoptada, pues considero que su fundamentación tiene serias imprecisiones conceptuales. De hecho, a pesar de que la tutela debió negarse, lo expresado en la sentencia me conduce a separarme completamente de ella. Encuentro que en este caso se configuraron los requisitos de procedencia de la acción de tutela, pues se cumplió con el requisito de subsidiariedad, pero superada la procedencia, con base en el material probatorio, el caso debió fallarse de fondo y negarse el amparo.

2.1. A mi juicio, la acción de tutela era procedente, ya que cumplió con todos los requisitos establecidos por la normativa y por la jurisprudencia, en particular con el requisito de subsidiariedad. En efecto, el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la

acción de tutela se encuentra consagrado en el inciso 4° del artículo 86 de la Constitución Política según el cual “la acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio judicial salvo que sea utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. (Negrilla fuera del original).

Como deriva claramente del texto de la norma, la acción de tutela no será procedente cuando existan otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para proteger los derechos que se consideran amenazados o vulnerados. En relación con este principio, esta Corporación ha determinado que el juez constitucional, en cada caso, debe analizar dos aspectos (i) si el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial y, en caso de existir, (ii) si este resulta o no eficaz para proteger los derechos amenazados o vulnerados.

En este caso, la determinación del primer elemento analítico mencionado llevaba a concluir que se superaba la subsidiariedad y procedía el estudio de fondo de la acción de tutela de la referencia. Claramente, la única opción que tenía pendiente por agotar el demandante era elevar una solicitud a la Junta encargada de la Distribución de Patios y Asignación de Celdas para lograr su traslado. Como es obvio, este no es un mecanismo de defensa judicial, es un trámite administrativo interno del penal. A pesar de la contundencia de este argumento, la mayoría de la Sala de Revisión consideró que la tutela era improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, ya que el peticionario podía elevar la solicitud de traslado. Con ese razonamiento, la posición mayoritaria asimiló un trámite administrativo interno a un mecanismo de defensa judicial, lo que es contrario a las nociones básicas del proceso de tutela, violatorio de las normas vigentes en la materia y completamente contraintuitivo, con el agravante de que genera una hermenéutica, no sólo contraria a derecho, sino que menoscaba el carácter protector de la acción de tutela, figura protagónica en la Constitución de 1991.

2.2. Por otra parte, de los hechos del caso se concluye que el amparo debió ser negado. Efectivamente, no hay evidencia de que el demandante sufriera alguna vulneración por parte del personal penitenciario, aceptó que no había dado a conocer la situación que considera

violatoria de sus derechos al establecimiento carcelario demandado, y tampoco hay prueba de que hubiera manifestado a la autoridad competente la necesidad de cambiar de celda. Bajo tales circunstancias, el argumento usado por la mayoría para declarar improcedente la acción de tutela, en realidad es el fundamento para negarla: el actor no manifestó la necesidad de ser trasladado ante la Junta encargada de la Distribución de Patios y Asignación de Celdas con lo cual, la entidad demandada habría conocido de la situación y habría tenido la oportunidad de adoptar medidas al respecto, si era conducente. Por estas razones, no se presentó la amenaza o violación de los derechos fundamentales del demandante y por eso no podía concederse el amparo.

3. En síntesis, considero que la posición mayoritaria es el resultado de una imprecisión acerca de los conceptos básicos que guían el proceso de tutela, en particular el de subsidiariedad, que además lleva a eliminar la distinción entre un fallo por improcedencia y un fallo de fondo, ya que traslapa las razones para negar el amparo con las razones para declarar su improcedencia. Este no es un asunto menor, es indispensable tener claridades conceptuales básicas que han sido indiscutibles desde hace muchos años, no sólo por el respeto a la legalidad que se impone en el Estado Social de Derecho, sino por el deber cualificado que tiene esta Corte en la preservación y defensa de la acción de tutela como una de las instituciones centrales de la Constitución de 1991.

De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto con respecto a las consideraciones expuestas en la Sentencia T-060 de 2017.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada