

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-358/21

ACCION DE TUTELA CONTRA ACTOS DE CARACTER GENERAL-Procedencia excepcional en el caso en que se vulneren derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA EN MATERIA DE DERECHO A LA VISITA INTIMA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD-Procedencia

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

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

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

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

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

(...), el acceso a la visita íntima consiste en un derecho fundamental, cuyo ejercicio actual resulta necesario para alcanzar la finalidad resocializadora de la pena, pero sujeto a limitaciones transitorias, razonables y proporcionales respecto al fin que se proponen, encaminadas, sobre todo, a garantizar la disciplina y seguridad carcelarias. Y que, para efectos de definir si tales medidas son o no acordes a la Constitución, debe realizarse un ejercicio de ponderación.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID 19-Medidas excepcionales para garantizar el derecho a la salud

PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD PARA AUTORIZAR O LIMITAR LA VISITA INTIMA-Aplicación

(...) a la hora de restringir el acceso a las visitas íntimas o familiares durante la pandemia por Covid-19, las autoridades de cada jurisdicción deberán (i) verificar que sea absolutamente

necesario ante la ineficacia total de cualesquiera otras alternativas disponibles para controlar la situación sanitaria en un determinado momento y centro de reclusión; (ii) definir el término estrictamente necesario durante el cual dicha suspensión debe adoptarse en cada centro de reclusión, procurando que sea el menor posible para controlar la situación; y (iii) garantizar los medios necesarios para que la PPL pueda permanecer en contacto con sus familiares en todo momento, a fin de evitar que lo contrario derive en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

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

Sentencia T-358/21

Referencia: Expedientes (AC) T-8.181.237 y T-8.197.176.

Acción de tutela interpuesta por Gustavo Adolfo Osorio en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y del ERON “El Cunday”; y por Sara Zujeidy Vélez Herrera en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, del Ministerio de Justicia y del Derecho y del ERON “El Pedregal”.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados José Fernando Reyes Cuartas, Alberto Rojas Ríos y la magistrada Cristina Pardo Schlesinger, que la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia (en el expediente T-8.181.237), el veinte (20) de enero de

dos mil veintiuno (2021); y, también en primera instancia, por el Juzgado Quince de Familia de Medellín (en el expediente T-8.197.176), el dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021), dentro de las acciones de tutela instauradas, respectivamente, por Gustavo Adolfo Osorio, y Sara Zujeidy Vélez Herrera.

I. I. ANTECEDENTES

1. 1. Del expediente T-8.181.237

1.1. Hechos Relevantes

1.1.1. El quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020) el señor Gustavo Adolfo Osorio (que, al momento de presentar la tutela, llevaba diecinueve meses privado de la libertad) formuló acción de tutela en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y del complejo carcelario “El Cunday”, con el fin de que se le garantizara la protección de sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, “dada la autonomía e independencia que conserva el interno para elegir con quién comparte su vida íntima”.

1.1.2. Fundamentó su solicitud en que, con ocasión de la pandemia de la COVID-19, a los reclusos —en palabras del accionante— se les suspendieron las visitas; cosa con la que, en un principio, estuvieron de acuerdo.

1.1.3. Entre las restricciones y medidas adoptadas por el complejo carcelario para contener la propagación de los contagios a su interior se incluyeron medidas tales como mantener el distanciamiento físico, suspender las visitas a los internos, utilización de mascarillas sanitarias por todo el personal, lavado frecuente de manos, implementación de metodologías diferentes para formar a los internos, recepción de los alimentos haciendo uso de las mascarillas sanitarias, entre otras.

1.1.4. Dice que, si bien los reclusos estuvieron de acuerdo con la adopción de dichas medidas, durante todo ese tiempo no han tenido la oportunidad de reunirse con sus familias. Anota que “inclusive ya hay algunos internos que ya perdieron su familia, esposa e hijos, por la razón de no poder verlos ni compartir un momento familiar y conyugal”.

1.1.5. El demandante señala que esa semana (en la que fue formulada la acción de tutela) el

director de la cárcel “El Cunduy” les comunicó a los reclusos, por medio de la emisora, que se les permitiría recibir una visita. Sin embargo, el accionante se queja de que no se trata propiamente de una visita íntima, sino de una entrevista en la que deberán guardarse dos metros de distancia entre los integrantes del núcleo familiar y por espacio de tres cuartos de hora.

1.1.6. En su escrito, el accionante pone de presente que el hecho de que no se les brinde la posibilidad de reanudar las visitas íntimas carece de todo fundamento. En especial, porque desde hacía dos meses, “el establecimiento el cunduy ya est[aba] laborando normalmente: ingresan personas de la calle, los mismos funcionarios vienen desde la calle”. Dice que, incluso, han sido objeto de requisas por parte de los dragoneantes del establecimiento sin guardar el más mínimo distanciamiento físico, y haciendo caso omiso a las medidas de bioseguridad que se habían adoptado en un principio.

1.1.7. Concluye diciendo que, si bien las visitas conyugales deben ser llevadas a cabo en condiciones higiénicas, privadas y seguras para que no se ponga en riesgo la integridad de los internos —y, en esa medida puede llegar a admitir limitaciones— lo cierto es que las autoridades no pueden “anular su ejercicio (...) ni tampoco restringirla en virtud de la libre opción sexual que haya tomado el interno o la interna”.

1.2. Respuesta de las entidades demandadas

1.2.1. Respuesta del INPEC

1.2.1.1. El abogado Jose Antonio Torres Cerón contestó la tutela en su condición de coordinador del grupo de tutelas de la oficina asesora jurídica del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Solicitó al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia desvincular a la institución que representa del trámite de tutela y denegar las solicitudes elevadas por el accionante.

1.2.1.2. Sostuvo que la medida de suspender las visitas conyugales y familiares “fue tomada para garantizar la vida de los funcionarios y de los internos, para así evitar la propagación del virus COVID 19”; además, señaló que “el pasado 03 de diciembre el Director General expidió la Circular 0048, donde autoriza a los Directores del ERON con La Dirección Regional organiza[r] y programar visitas presenciales tipo entrevista”.

1.2.1.3. Finalizó su defensa diciendo que “[l]a Dirección General del INPEC, NO es la competente para dar respuesta y trámite a los hechos e interrogantes planteados, toda vez que frente al tema de visitas, es el reglamento de régimen interno de cada centro penitenciario quien establece las pautas, formas y horarios de la visita íntima”.

1.2.2. Del establecimiento de reclusión “El Cunduy”

1.2.2.1. Por su parte, el director del EPMSC – Florencia cárcel “El Cunduy”, señor Carlos Fernando Duque Márquez, contestó la acción de tutela diciendo que el accionante, efectivamente, estaba recluido en ese centro carcelario. Manifiesta que al interior de dicho establecimiento ha habido casos de contagio del Sars-Cov-2; y que, por ese motivo, se han visto precisados a tomar medidas que, si bien restringen ciertos derechos, son necesarias para evitar “un rebrote dentro del establecimiento que ponga en peligro la vida y salud de las personas privadas de la libertad (...) y [de los] funcionarios que laboran dentro del mismo”.

1.2.2.2. Añade a su respuesta que las medidas sanitarias que se han adoptado en el establecimiento “El Cunduy” son desarrollo de la Circular 0048 del 03 de diciembre de 2020, emitida por el director general del INPEC, y a través de la cual se adopta el Plan Piloto. Advierte que la restricción a las visitas conyugales tiene asidero en que “no se está exento de que pueda ingresar al establecimiento una persona asintomática y no solo se pondría en riesgo la vida y salud de la persona privada de la libertad con la que se tiene contacto directo sino que se pone en riesgo a las demás personas con las que se comparte patio y funcionarios con los que se tiene estrecha relación”.

1.2.2.3. Dice que lo sostenido por el demandante sobre la omisión de los protocolos de bioseguridad que deben seguirse es falso.

1.3. Decisión de instancia

1.3.1. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia denegó la solicitud del demandante, fundamentándose en que “las restricciones y medidas adoptadas por las entidades accionadas no son caprichos, por el contrario lo que buscan es mitigar el contagio del Coronavirus SAR-COV-2, dentro de los centros penitenciarios”.

1.3.2. Consideró que “los protocolos y exigencias” implementados por “la Cárcel del Cunduy

se encuentran ajustados a derecho”, dado que las restricciones implementadas por ese centro penitenciario siguen directrices “que se deben tener en cuenta, con ocasión a la emergencia sanitaria por el coronavirus COVID – 19”.

1.3.3. Entre otras cosas, también puso de presente que la circular del INPEC a través de la cual se adopta el plan piloto constituye “un esfuerzo para prevenir, controlar o evitar contagios del COVID 19 con el fin de disminuir el riesgo de transmisión del virus a las personas privadas de la libertad, directriz que coinciden (sic) con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y el Ministerio de Salud y Protección Social”.

1.3.4. Sin desconocer el carácter fundamental de los derechos cuya vulneración el demandante alega, dijo que “con ocasión a la pandemia declarada por el Gobierno Nacional en razón al Coronavirus SAR-COV-2, ha sido necesario tomar medidas validas que eviten los contagios de manera masiva en los centros penitenciarios, y una de las medidas es la suspensión de las visitas íntimas”.

2. Del expediente T-8.197.176

2.1. Hechos relevantes

2.1.1. El once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020) la señora Sara Zujeidy Vélez Herrera formuló acción de tutela en contra del Ministerio de Justicia y del Derecho, y del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), con el fin de que se le garantizara la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, visita íntima, familia e igualdad. En la respuesta ofrecida por el INPEC se pudo evidenciar que se trata de la compañera permanente de un recluso de la cárcel “El Pedregal”.

2.1.2. En su escrito menciona que, en marzo de dos mil veinte, el Gobierno nacional adoptó una serie de medidas con ocasión de la pandemia ocasionada por el SARS-CoV-2. Dice que entre dichas medidas estuvo la de restringir el acceso a los sitios de reclusión para efectos de visitar a los presos.

2.1.3. A la fecha de presentación de la tutela habían transcurrido nueve meses sin que la Población Privada de la Libertad (en adelante, “PPL”) recibiera visitas de alguno de sus familiares.

2.1.4. Menciona que el cuatro (04) de diciembre de dos mil veinte (2020) las entidades demandadas “anunciaron la puesta en marcha del plan piloto que permitirá el regreso de las visitas tipo entrevista para la Población Privada de la Libertad”.

2.1.5. La accionante se queja de que las medidas adoptadas en dicho plan piloto “son tomadas por todas las personas involucradas en el sistema penitenciario como un irrespeto y violación de los Derechos Constitucionales” a la dignidad humana, a la visita íntima, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, y a la sexualidad.

2.1.6. Solicita, en últimas, que se tutelen sus derechos fundamentales y que, en consecuencia, se ordene a las entidades demandadas le permitan acceder a la visita íntima con su compañero permanente en la cárcel El Pedregal, en la ciudad de Medellín.

2.2. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

2.2.1. Respuesta del Ministerio de Justicia y del Derecho

2.2.1.1. El Ministerio de Justicia y del Derecho solicitó su desvinculación del trámite argumentando que “la obligación de permitir visitas a las personas privadas de la libertad en los establecimientos de reclusión del orden nacional, es función exclusiva del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario”. Razón por la que se configuraría el fenómeno de falta de legitimación en la causa por pasiva.

2.2.2. Respuesta del INPEC

2.2.2.1. El abogado José Antonio Torres Cerón, obrando en representación del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, solicitó su desvinculación del trámite, so pretexto de que “corresponde al Director de cada Centro de Reclusión donde se encuentre recluso el interno, dirimir el asunto objeto de disenso, fundado en las normas contendidas en la Ley 65/93, Resolución 6349 del 2016 y reglamento de régimen interno del Establecimiento a su cargo”.

2.2.3. Por otra parte, el director del complejo carcelario y penitenciario “El Pedregal”, en la ciudad de Medellín, —que había sido vinculado al trámite— no se pronunció respecto a los hechos de la demanda.

2.2.4. La Dirección Oficina de Atención y Tratamiento - COPED adoptó la misma conducta

procesal que el complejo carcelario, no obstante haber sido vinculada al trámite.

2.3. Decisión de instancia

2.3.1. El Juzgado Quince de Familia de Oralidad de Medellín también denegó la solicitud de la demandante con fundamento en que “las medidas adoptadas por las entidades accionadas” eran “justificadas y razonables” si se hacía un ejercicio de ponderación entre los derechos fundamentales cuyo desconocimiento se alegó, y “los derechos a la vida y la integridad física de todos los reclusos e incluso de la comunidad en general”.

2.3.2. Llegó a esa conclusión partiendo del supuesto de que la situación sanitaria a nivel mundial impone la necesidad de adoptar medidas “pensando en el bien común” y que, para ello, es necesario dictar “normas que de alguna manera pueden restringir o modificar el normal” ejercicio de los derechos fundamentales.

2.3.3. Consideró que las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno nacional —concretamente, las relativas a la suspensión de las visitas a los centros de reclusión— tenían por finalidad “evitar la propagación del virus entre la población carcelaria”; y que, si las medidas restrictivas se habían prorrogado hasta la presentación de la acción de tutela, no era sino para “salvaguardar la vida de las personas que están reclusas en los centros penitenciarios del país”.

2.3.4. Sostuvo que las medidas adoptadas por medio del plan piloto por parte del INPEC se habían implementado para permitir que los reclusos pudieran “reunirse con su familia sin poner en riesgo su salud”. De tal modo, que, antes que una limitación a sus derechos fundamentales consistía en una medida afirmativa de protección implementada por el Estado en favor de las personas privadas de la libertad.

2.3.5. Concluyó diciendo que “al no haber mejorado a la fecha la situación presentada por el COVID 19, que dio origen a la suspensión de las visitas conyugales, no puede pretenderse que se regrese a la situación que se vivía” antes de la declaratoria del estado de emergencia.

3. Impugnaciones

3.1. En ninguno de los expedientes hubo trámite de impugnación.

4. Trámite de selección en la Corte Constitucional

4.1. La Sala de Selección de Tutelas Número Seis, por medio del auto del veintinueve (29) de junio de dos mil veintiuno (2021) resolvió seleccionar, para revisión, los expedientes T-8.181.237 y T-8.197.176, fundamentada en los criterios de selección objetivos de asunto novedoso y exigencia de aclarar el contenido y alcance de un derecho fundamental; y en el subjetivo de urgencia de proteger un derecho fundamental. Asimismo, resolvió acumularlos por presentar unidad de materia.

5. Pruebas decretadas en sede de revisión

5.1. La Magistrada sustanciadora solicitó los siguientes informes a las autoridades demandadas y vinculadas:

5.2. A la Dirección General del INPEC se le solicitó que informara el estado de vigencia de la Circular 0048 del 03 de diciembre de 2020, aportando copia de la que estuviese vigente a la fecha del auto que lo requirió. También se le solicitó que informara qué indicaciones de carácter general había impartido desde el 03 de diciembre de 2020 a los directores de los establecimientos de reclusión sobre la autorización o prohibición de las visitas íntimas al interior de aquellos. A pesar de que se le requirió en dos oportunidades (23 de agosto y 17 de septiembre de 2021), en ambas guardó silencio.

5.3. A los directores de los establecimientos carcelarios “El Cunday” y “El Pedregal” se les solicitó informaran qué medidas habían tomado desde el 03 de diciembre de 2020 sobre la autorización o prohibición de las visitas íntimas al interior de los centros carcelarios; qué indicaciones habían recibido de las autoridades sanitarias locales sobre el particular; y que aportaran copia del Reglamento de Régimen Interno de cada uno. Aunque se les requirió en las mismas oportunidades que a la Dirección General, el establecimiento “El Pedregal” dejó de responder. Por su parte, el director del establecimiento “El Cunday” respondió, extemporáneamente, que había autorizado las visitas íntimas al señor Gustavo Adolfo Osorio en dos ocasiones.

5.4. A los demandantes se les solicitó, en las mismas oportunidades, que dijeran si habían o no accedido a alguna visita íntima desde el 03 de diciembre de 2020, y si habían recibido alguna indicación posterior respecto a su autorización o prohibición. También guardaron

silencio.

5.5. Finalmente, a la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y del Derecho, se le solicitó informara el estado de vigencia de la Resolución 048, indicándole que debía aportar copia de la norma vigente a la fecha del auto.

5.6. Se le requirió el 17 de septiembre de 2021. En su respuesta informó que la Resolución había perdido vigencia el 31 de mayo de 2021. Sin embargo, guardó silencio respecto a la norma vigente a la fecha del auto.

. CONSIDERACIONES

1. 1. Competencia

1. %1.1. La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela adoptados en los procesos de la referencia.

2. Análisis de la procedencia de las acciones de tutela

2.1. Legitimación en la causa por activa. Las acciones de tutela fueron presentadas, en nombre propio, por Gustavo Adolfo Osorio, por una parte, y por Sara Zujeidy Vélez Herrera, por otra, como titulares de los derechos a la dignidad humana, a la intimidad personal y familiar, a la unidad familiar, al libre desarrollo de la personalidad, y a libertad, en su dimensión sexual. Si bien Sara Zujeidy Vélez Herrera no está privada de su libertad, sino que es su compañero permanente el que se encuentra en esa situación, lo cierto es que la suspensión de las visitas íntimas en los centros carcelarios, evidentemente, significan una restricción a sus derechos fundamentales. Por lo que el presupuesto de la legitimación en la causa por activa fue satisfecho en ese caso.

2.2. Legitimación en la causa por pasiva. Por otro lado, la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario es la autoridad encargada de regular el horario, las condiciones, la frecuencia y las modalidades en que se lleven a cabo las visitas a las PPL; y, en tal virtud, debe regular lo relativo a la visita íntima a través del reglamento general. Además, los establecimientos de reclusión “El Cunday”, en Florencia, y “El Pedregal”, en Medellín, son quienes deben determinar “los horarios en que las personas privadas de la

libertad pueden recibir visitas, así como las modalidades y formas de comunicación”, lo que incluye la posibilidad de autorizar o no las visitas íntimas a los reclusos que lo soliciten.

2.3. También el Ministerio de Justicia y del Derecho está legitimado en la causa por pasiva, dado que a cargo de él está el formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar la política pública en asuntos carcelarios y penitenciarios.

2.4. Inmediatez. La sala encuentra que este requisito de procedibilidad está satisfecho, dado que la prohibición de recibir visitas íntimas por parte de los reclusos en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) —que se extendía desde marzo de 2020— se prorrogó con la expedición de la Circular 0048 del tres (03) de diciembre de dos mil veinte (2020). Y las tutelas fueron presentadas —la T-8.181.237— el quince (15) y —la T-8.197.176— el once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020). Por lo que la Sala considera que ambas tutelas se presentaron dentro de un plazo razonable.

2.5. Subsidiariedad. Con respecto a la subsidiariedad, para la Sala es claro que en este caso los accionantes acuden a la acción de tutela porque consideran que el Ministerio de Justicia y del Derecho y el INPEC desconocieron mandatos constitucionales al expedir la Circular 0048 del 3 de diciembre de 2020, pues habrían prorrogado innecesariamente la restricción al acceso a las visitas íntimas, que se extendía desde marzo de 2020. Y los establecimientos carcelarios “El Cunday” y “El Pedregal”, al no concederlas.

2.6. Aunque pueda aducirse que se trata de acciones de tutela dirigidas en contra de un acto de carácter impersonal, general y abstracto, y que, en esa medida, serían improcedentes de conformidad con el artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala debe tener presente “que la acción de tutela puede ser ejercida contra actos administrativos generales (i) cuando la persona afectada carece de medios ordinarios para procurar la defensa de sus derechos fundamentales, dado que no tiene legitimación para cuestionar esa clase [de] decisiones de la administración, o el asunto objeto de debate es de naturaleza constitucional; y (ii) cuando la aplicación del acto administrativo general amenace o vulnere los derechos fundamentales de una persona”.

2.7. En ese orden de ideas, la Sala advierte que también se satisfizo este requisito, ya que “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 preso y la administración penitenciaria[,] se encuentran limitados o restringidos[,] m[a]s no suspendidos”.

2.8. La eventual suspensión injustificada que haya podido imponerse al goce de esos derechos fundamentales de la PPL y sus familiares permite que la acción de tutela se abra paso con preferencia sobre otros medios de defensa.

3. Problema jurídico

3.1. La Sala concluye que se trata de dos casos que presentan unidad de materia, aunque los accionantes se encuentren en extremos radicalmente opuestos de la relación de sujeción que existe entre el Estado y la PPL.

3.2. En efecto: se trata de dos personas cuyo derecho a las visitas íntimas fue suspendido desde marzo de 2020 sin que, a su juicio, fuera necesario prorrogar dicha suspensión al momento de expedir la Resolución 048 a efectos de conservar la salud de la PPL y de quienes trabajan en los centros de reclusión.

3.3. De allí que la Sala concluya que el problema jurídico puesto a su consideración consiste en definir si, bajo las actuales circunstancias sanitarias derivadas de la pandemia por Covid-19, deben reanudarse las visitas íntimas al interior de los centros de reclusión; o si, por el contrario, deben permanecer suspendidas.

3.4. En ese orden de ideas, la metodología que adoptará la Sala consistirá en (i) describir el marco jurídico general sobre el acceso o restricción a las visitas íntimas para la PPL. A continuación (ii) expondrá la jurisprudencia relativa a las restricciones a la visita íntima, explicando cuáles resultan constitucionalmente aceptadas; después (iii) expondrá las restricciones impuestas a la PPL y sus familiares con respecto al acceso a la visita íntima durante la situación sanitaria actual; y, finalmente, (iv) realizará un ejercicio de proporcionalidad que resuelva los casos concretos.

4. 4. Cuestión preliminar: la carencia actual de objeto

4.1. La Corte ha identificado la existencia de ciertas hipótesis bajo las cuales el juez constitucional no necesariamente debe adoptar un pronunciamiento de fondo respecto de los hechos puestos a su consideración a través de una acción de tutela. Dichas hipótesis son (i)

la del hecho superado, (ii) la del daño consumado, y (iii) la de la situación sobreviniente.

4.2. La primera de ellas hace referencia al escenario en el cual la causa que motivó la presentación de la acción de tutela desaparece “debido a una conducta desplegada por el agente transgresor”, que satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela antes de que exista un pronunciamiento del juez constitucional que resuelva el asunto sometido a su consideración.

4.3. A efectos de definir si operó o no el fenómeno del hecho superado, la Corte ha verificado la existencia de tres requisitos que deberán ser analizados y expuestos en la Sentencia que declare la configuración de esta hipótesis. A saber: (i) que ocurra una modificación en los hechos que originaron la acción; (ii) que esa modificación implique la satisfacción integral de las pretensiones de la demanda; y (iii) que sea resultado de una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó por un hecho imputable a esta.

4.4. Si bien el juez constitucional “no está obligado a proferir un pronunciamiento de fondo” en estos casos, sí puede referirse a los hechos que dieron lugar a la presentación de la acción de tutela, para (i) condenar su ocurrencia, (ii) advertir sobre su falta de conformidad constitucional, o para (iii) conminar al accionado para evitar su repetición.

4.5. Con respecto a la hipótesis del daño consumado, la Corte ha encontrado que se configura cuandoquiera que “la amenaza o vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela”. En estos eventos la jurisprudencia de la Corte sí ha reconocido la obligación del juez constitucional de pronunciarse respecto al fondo del asunto, para que situaciones con características similares puedan evitarse en el futuro.

4.6. Por último, la hipótesis de la situación sobreviniente —desarrollo reciente de la jurisprudencia constitucional— se configura en aquellos eventos en los que “la vulneración alegada cesa (...) como resultado de que el accionante asumió la carga que no le correspondía, o porque se presentó una nueva situación que hace innecesario conceder el derecho”. Lo que diferencia a esta hipótesis de la del hecho superado radica en que aquí la amenaza o vulneración cesan al margen de la voluntad del demandado.

4.7. Para que se configure es necesario (i) que ocurra una modificación en las circunstancias que motivaron la presentación de la acción de tutela, (ii) que dicha modificación implique la pérdida de interés del accionante en que se acceda a sus pretensiones, o (iii) que estas no puedan ser satisfechas.

5. El marco jurídico general de la visita íntima para personas privadas de la libertad

5.1. El penúltimo inciso del artículo 112 de la Ley 65 de 1993 define los principios a los que debe sujetarse la visita íntima en los centros de reclusión: los de higiene y seguridad. También establece que ella se regula a través del reglamento general.

5.2. Por su parte, este reglamento general está contenido en la Resolución 6349 del 19 de diciembre 2016, expedida por el Director General del INPEC, que, en su artículo 71.1, fijó las condiciones a las que deben sujetarse las personas privadas de la libertad y sus visitantes para tener acceso a la visita íntima: las condiciones de higiene y seguridad “que brinde el establecimiento” de reclusión respectivo.

5.3. Por su parte, el artículo 72 del mismo Reglamento General enuncia los requisitos que deben reunirse para que se pueda acceder a una visita íntima. Por regla general, basta con presentar una solicitud escrita dirigida al director del establecimiento y la fotocopia del documento de identidad de la persona visitante. Tales son los requisitos exigibles en situaciones de normalidad para acceder a las visitas íntimas.

6. Contenido y alcance del derecho a las visitas íntimas en condiciones de normalidad. Sus limitaciones constitucionalmente aceptadas. Reiteración de jurisprudencia

6.1. Desde los primeros fallos de la Corte Constitucional, este Tribunal se ha visto precisado a definir cómo la visita íntima es un derecho fundamental que, no obstante, admite ciertas limitaciones.

6.2. Así, por ejemplo, la Corte sostuvo en la sentencia T-424 de 1992 que identificar por medio de carnets a quienes visitaban a los reclusos por medio de visitas íntimas no era una medida que desconociera los derechos fundamentales de la PPL, ya que era lógico que algunas “limitaciones tengan que existir también en los establecimientos penitenciarios respecto de algunos derechos (...) pues la convivencia en estos centro de reclusión suele

estar organizada imperativamente y la conducta de los internos sometida a altas dosis de vigilancia y control en aras de garantizar un mínimo de orden y disciplina, y la conservación de condiciones de moralidad, seguridad y salubridad” [Resaltado fuera de texto].

6.3. Después, en la sentencia T-222 de 1993, la Corte dijo expresamente que, si bien la visita íntima hace “parte del derecho a la intimidad personal y familiar, y al respeto de la dignidad humana”, no obstante, “su realización está limitada a que en el establecimiento correspondiente se den las circunstancias adecuadas, de higiene, privacidad, seguridad, etc., que no representen ninguna clase de peligro para todos los internos” [Resaltado fuera de texto].

6.4. En la sentencia T-1096 de 2004, la Corte recordó que “las dimensiones afectivas y sexuales de todo ser humano, manifestación del libre desarrollo de la personalidad, pueden ser objeto de restricciones razonables, pero no anulados. Dentro del ámbito de protección de esta libertad se encuentra, por ejemplo, el derecho a tener una visita íntima” [Resaltado fuera de texto].

6.6. Este mismo Tribunal afirmó que su propia jurisprudencia “ha establecido que el derecho a la visita íntima de quienes se hallan internados en centros de reclusión es un derecho fundamental, pero con un alcance limitado en razón de la especial situación de sujeción que caracteriza la relación que viene a crearse” [Resaltado fuera de texto]. Lo dijo en la sentencia T-1062 de 2006.

6.7. Más adelante, a través de la sentencia T-566 de 2007, la Corte reconoció que “el derecho a la intimidad en la modalidad del derecho a la visita conyugal en cabeza de la persona privada de la libertad, depende para su realización efectiva del aseguramiento de condiciones locativas, sanitarias, de privacidad y seguridad”. También se dijo “que las autoridades carcelarias tienen el deber de evitar a los detenidos y a sus familias sufrimientos innecesarios y daños irreparables” derivados de la incomunicación innecesaria con sus familiares [Resaltado fuera de texto].

6.8. También vale la pena recordar lo que dijo este Tribunal en la sentencia T-511 de 2009, en la que concluyó que “la decisión de negar o suspender transitoriamente el derecho a la visita conyugal es discrecional 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 la impertinencia o inconveniencia de la visita” [Resaltado y énfasis fuera de texto].

6.9. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corte también ha reconocido que la posibilidad que se le brinda al recluso de ser visitado por miembros de su familia, algo que, necesariamente, incluye la posibilidad de acceder a una visita íntima, juega un papel trascendental en la función resocializadora de la pena.

6.10. Por ejemplo, en la sentencia T-474 de 2012 dijo expresamente que “[d]ado que la visita íntima o conyugal (...) 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. Por lo tanto, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, si bien el derecho a la visita íntima puede ser restringido por medidas que busquen garantizar la seguridad de los establecimientos penitenciarios y carcelarios (...) dichos mecanismos no pueden constituir un obstáculo que dificulte o haga nugatorio el ejercicio del derecho a la misma”.

6.11. Por último: más recientemente, en la sentencia T-156 de 2019, la Corte recordó, en cuanto al carácter limitado de este derecho, que “mientras la persona se encuentra reclusa, algunos de sus derechos pueden (i) suspenderse (libertad, libre circulación, políticos, o la libertad de escoger profesión u oficio), (ii) limitarse (intimidad, comunicación, trabajo o educación) o (iii) conservarse a plenitud (vida, libertad de conciencia, debido proceso o Habeas Corpus)”; lo que significa que la visita conyugal deberá ser limitada, pero no suspendida.

6.12. En suma, puede decirse que en virtud de la línea jurisprudencial que sobre la materia han desarrollado las diferentes Salas de Revisión de la Corte, el acceso a la visita íntima consiste en un derecho fundamental, cuyo ejercicio actual resulta necesario para alcanzar la finalidad resocializadora de la pena, pero sujeto a limitaciones transitorias, razonables y proporcionales respecto al fin que se proponen, encaminadas, sobre todo, a garantizar la disciplina y seguridad carcelarias. Y que, para efectos de definir si tales medidas son o no acordes a la Constitución, debe realizarse un ejercicio de ponderación.

7. El marco jurídico de la visita íntima en el contexto excepcional de la emergencia sanitaria

decretada a nivel nacional con ocasión de la pandemia ocasionada por la propagación del Sars-Cov-2

7.1. Mediante la Directiva 04 del once (11) de marzo de dos mil veinte (2020) el Director del INPEC dispuso que, en caso de ser necesario, “ordenar[ía] de manera inmediata la suspensión temporal de las visitas, hasta tanto se control[ara] el riesgo de contagio”. Las pruebas aportadas por el INPEC en sus contestaciones dicen expresamente que fue mediante esa directiva que “se suspendieron todas las visitas en los ERON de manera temporal (...) en concordancia con las circulares 05 y 11 de 2020”.

7.2. A través de la Resolución 843 del veintiséis (26) de mayo de dos mil veinte (2020), el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó el Protocolo de bioseguridad, prevención, control y manejo de casos de Coronavirus - COVID-19 - en establecimientos penitenciarios y carcelarios. En él se adoptaron las siguientes “medidas generales de protección”: lavado de manos, distanciamiento físico, y uso de elementos de protección personal.

7.3. La Resolución —dirigida, entre otros, al INPEC, a la USPEC, al personal de custodia y vigilancia y a las secretarías de salud de cada municipio— recomendó restringir las visitas a los establecimientos carcelarios, con el fin de proteger a la PPL y a sus familiares de posibles cadenas de contagio, ordenando “proporcionar medios alternativos de visitas”, como, por ejemplo, comunicaciones telefónicas y videollamadas por plataformas digitales.

7.4. Por medio de la Circular 017 del ocho (08) de abril de dos mil veinte (2020) se impartieron instrucciones relacionadas con visitas virtuales familiares, e instrucciones para la implementación de estrategias que faciliten el contacto familiar de la población privada de la libertad durante el estado de emergencia sanitaria.

7.5. Con posterioridad a ello el Director General del INPEC expidió la Circular 0048 del tres (03) de diciembre de dos mil veinte (2020), a través de la cual autorizó a los directores de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional a programar visitas presenciales tipo entrevista durante el mes de diciembre de ese año. Sin embargo, entre las medidas adoptadas por el Director General en esa circular —y que es, precisamente, la que suscitó la controversia que aquí se resuelve— estuvo la de no permitir la visita íntima, que estaba suspendida —según la misma Circular— desde la expedición de “la directiva 004 de [marzo de] 2020”. Según el informe rendido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, esa Circular

estuvo vigente hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

7.6. Llegado el diez (10) de marzo de dos mil veintiuno (2021), el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución 313 “por la cual se modifica la Resolución 843 de 2020” que, como se vio supra, adoptó el protocolo de bioseguridad para ser observado en los establecimientos de reclusión. El objetivo de esta nueva resolución fue el de orientar “las medidas generales de bioseguridad, prevención, control y manejo de casos de COVID-19 que deben adoptar”, entre otros, el INPEC, la USPEC y el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad.

7.7. Con respecto a las visitas a la PPL, la nueva Resolución adoptó la modificación al protocolo de bioseguridad, consistente en que “recomendar[ía] la pertinencia de la apertura o restricción de las visitas familiares y conyugales en el país a partir del comportamiento epidemiológico de los contagios y casos COVID-19, el avance del Plan Nacional de Vacunación y los demás aspectos que incidan en el manejo de la pandemia” [énfasis fuera de texto].

7.8. Así, el trece (13) de marzo de dos mil veintiuno (2021), los Ministerios de Justicia y del Derecho, de Salud y Protección social, y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario expidieron la Circular Externa No. 021 de 2021, por la que determinaron “permitir las visitas conyugales y de miembros de la familia de la población privada de la libertad con el propósito de proteger la salud física y mental de la población privada de la libertad”.

7.9. En ese sentido, dispuso que “el INPEC, la USPEC y la secretaría municipal o distrital de salud de cada jurisdicción evaluar[ía]n la situación particular de cada establecimiento y autorizar[ía]n la apertura o restricción [de las visitas íntimas], en el marco de sus competencias”.

7.11. Esa Circular definió que la reanudación de las visitas íntimas ocurriría siempre que tuviera “concepto favorable por parte de la secretaría municipal o distrital de salud, teniendo en cuenta el riesgo y comportamiento epidemiológico de la zona” y que la suspensión o reactivación de ellas “estará sujeta al surgimiento de casos por Coronavirus Covid-19, particular de cada estructura, pabellón o celdas sectorizadas de cada establecimiento”.

8. La metodología de la ponderación como herramienta para definir el contenido y alcance de

los derechos fundamentales.

8.1. Como se vio, la jurisprudencia constitucional ordena realizar una ponderación a la hora de definir si las medidas restrictivas de derechos fundamentales que se adoptan en perjuicio de la PPL se ajustan o no a la Constitución. Eso quiere decir que, para definirlo, el juez constitucional debe “ponderar entre distintos niveles razonables de satisfacción de los derechos” fundamentales.

8.2. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que cuando (i) se demanda un nivel determinado de satisfacción de la faceta prestacional de los derechos fundamentales, o (ii) se pretende analizar la constitucionalidad de alguna limitación impuesta a las libertades fundamentales, la herramienta por excelencia para resolver la controversia iusfundamental consiste en un ejercicio de ponderación.

8.3. Como lo ha sostenido este mismo Tribunal, ese ejercicio consta de dos pasos. El primero de ellos consiste en el análisis de razonabilidad, que tiene por objeto definir el nivel razonable de satisfacción de la faceta prestacional del derecho fundamental. Para ello se debe (i) definir el contenido del derecho fundamental, y (ii) analizar el nivel de satisfacción pretendido, comprobando si prima facie, este nivel puede predicarse o adscribirse al derecho fundamental objeto de limitación.

8.4. El segundo paso consiste en el análisis de proporcionalidad, que tiene por objeto, precisamente, definir si el nivel de satisfacción pretendido debe o no ser garantizado, atendiendo a las razones de índole constitucional que han llevado a la administración a no garantizar dicho nivel de satisfacción. Para ello, el juez constitucional debe analizar (i) la idoneidad o utilidad de la pretensión del demandante; esto es, si logra realizar el contenido del derecho fundamental, (ii) la necesidad de acceder a dicha pretensión para garantizarlo sin desconocer los otros derechos o intereses en colisión, y (iii) su proporcionalidad en estricto sentido.

III. EL CASO CONCRETO

9. 9. Juicio de proporcionalidad

9.1. El análisis de razonabilidad

9.1.1. El derecho a las visitas íntimas ha sido definido por la Corte como un derecho cuyo ejercicio actual resulta necesario para alcanzar la finalidad resocializadora de la pena, pero sujeto a limitaciones transitorias, razonables y proporcionales respecto al fin que se proponen; y que dichas limitaciones son razonables y proporcionales en la medida que busquen garantizar (i) la sujeción del recluso al Estado, o (ii) la seguridad y salubridad carcelarias.

9.1.2. El nivel de satisfacción pretendido por los demandantes consiste en que se les permita nuevamente acceder a las visitas íntimas al interior de los centros de reclusión, en las condiciones preexistentes a la pandemia. La Sala concluye que la pretensión de los demandantes puede adscribirse prima facie al contenido del derecho fundamental. Por ende, procede a verificar si existe alguna razón que impida garantizar el nivel de satisfacción pretendido.

9.1.3. La Sala encuentra que sí existe una razón para no garantizar el nivel de satisfacción pretendido. Minimizar la posibilidad de transmitir la enfermedad respiratoria denominada Covid-19 es la razón fundamental por la que no se garantiza, según la Directiva 04 de 2020 y la Circular 0048 de 2020. Esa medida persigue un fin esencial del Estado: garantizar la efectividad del derecho fundamental a la salud de la PPL y de los trabajadores de los centros de reclusión. En consecuencia, debe la Sala determinar si acceder a la pretensión de los demandantes es desproporcionado respecto a los fines que persigue la administración al garantizar un nivel de satisfacción inferior.

9.2. Análisis de proporcionalidad

9.2.1. Procede la Sala a definir si la pretensión de los demandantes, es decir, que se les permita acceder a visitas íntimas en los establecimientos de reclusión en las condiciones preexistentes a la pandemia, sacrifica intereses constitucionales superiores a los que alcanza su suspensión durante la situación sanitaria derivada de la Covid-19.

9.2.2. Lo primero que advierte la Sala es que el nivel de satisfacción pretendido es idóneo; es decir, que sirve a la satisfacción de la faceta prestacional del derecho fundamental. En efecto: levantar todas las restricciones que se impusieron a las visitas íntimas desde marzo de dos mil veinte (2020) es una medida que, en circunstancias normales, garantiza plenamente el contenido del derecho fundamental según lo ha definido la Corte.

9.2.3. Respecto a la necesidad de garantizar el nivel de satisfacción pretendido, la Sala encuentra que levantar toda restricción a las visitas íntimas al interior de los establecimientos de reclusión supondría una puesta en riesgo de los otros intereses constitucionalmente relevantes que se pretenden proteger. Sin embargo, también advierte que existen otras alternativas menos lesivas de estos para garantizar el acceso a las visitas íntimas de la PPL y de sus familiares.

9.2.4. Para demostrarlo, la Sala hará un análisis de los distintos estadios que se han atravesado durante la pandemia por Covid-19. Explicará los niveles razonables de satisfacción alcanzados en tres momentos: (i) al ser expedida la Directiva 04 de 2020; (ii) al momento de la expedición de la Circular 0048 de 2020; y (iii) después de la expedición de la Circular 08 de marzo de 2021. Eso le permitirá demostrar que el desarrollo epidemiológico ha permitido identificar otras alternativas de satisfacción, que, no obstante, también atienden a la razón constitucionalmente legítima que impide garantizar el nivel pretendido, y que son respetuosas de las capacidades y competencias de la administración.

9.2.4.1. Niveles razonables de satisfacción al momento de expedir la Directiva 04 de 2020

9.2.4.1.1. La Sala encuentra que la restricción total al acceso a las visitas íntimas y familiares en marzo de 2020 (es decir, al principio de la pandemia por Covid-19) implicaba una restricción baja a los derechos fundamentales de los demandantes en ambos expedientes. Era el nivel más razonable de satisfacción posible, en tanto no se habían logrado identificar algunas de las variables o factores que hacían más probable la transmisión del virus de humano a humano y, en consecuencia, la ocurrencia de un brote al interior de los centros de reclusión con ocasión de las visitas íntimas y familiares a la PPL.

9.2.4.1.2. En esa medida, era imposible implementar una alternativa menos lesiva para garantizar la salud de la PPL y de los trabajadores de los centros de reclusión. Es decir: exigirle a la administración autorizar las visitas íntimas tal y como ocurría en circunstancias normales habría significado que debería desproteger la razón constitucionalmente legítima.

9.2.4.2. Niveles razonables de satisfacción al momento de expedir la Circular 0048 de 2020

9.2.4.2.1. La Sala considera que, al momento de presentarse las acciones de tutela—inclusive antes—, se podían garantizar otros niveles de satisfacción sin incrementar,

necesariamente, el riesgo de contagio. Es decir, sin desatender la razón constitucionalmente legítima. Ello se debe a que el comportamiento epidemiológico entre marzo y diciembre de dos mil veinte había permitido identificar algunos de los factores que propiciaban la transmisión del virus y algunos mecanismos para enfrentarlos.

9.2.4.2.2. De manera enunciativa, la Sala advierte los siguientes:

Factores de riesgo de contagio.

Mecanismos identificados para enfrentarlo.

Contacto estrecho con persona portadora del virus o que haya estado en contacto con un tercero portador.

Restringir el acceso de personas con síntomas aparentes de Covid-19, o que no demuestren estar libres del virus, o no haber completado algún esquema de vacunación.

Utilizar adecuadamente los elementos de protección personal.

Identificar y aislar casos de infección respiratoria aguda.

Rastreo de contactos de casos sospechosos.

Compartir espacios cerrados.

Procurar que los espacios donde se encuentren varias personas tengan adecuada ventilación, incluyendo aquellos donde ingresen visitantes, o donde se realicen las visitas.

Orear, limpiar y desinfectar después de cada visita.

Utilización inevitable de elementos y espacios comunes.

Garantizar su limpieza y desinfección constante.

Fomentar el lavado habitual de manos, creando alertas y recordatorios para su cumplimiento.

9.2.4.2.4. Como se ve, a pesar de que se podían adoptar otras alternativas menos restrictivas para minimizar el riesgo de contagio (o, lo que es lo mismo, se podían garantizar otros

niveles razonables de satisfacción que también atendían a la razón constitucionalmente legítima), las autoridades demandadas optaron —en diciembre de dos mil veinte— por continuar restringiendo totalmente el acceso a las visitas íntimas, sin reparar en la necesidad de una suspensión semejante ante la posible disminución de la tasa de incidencia y mortalidad por la enfermedad en cada municipio y centro de reclusión, aunado a la posibilidad de identificar y restringir el acceso únicamente de aquellas personas que tuvieran síntomas de la enfermedad, o que no demostraran estar libres de ella.

9.2.4.2.5. En suma, el nivel razonable de satisfacción consistía en restringir las visitas íntimas únicamente cuando ello fuera indispensable para controlar la situación sanitaria. Ello implicaba implementar una política pública que ampliara el contenido del derecho fundamental para retornar gradualmente a la normalidad, haciendo uso de los conocimientos adquiridos sin necesidad de poner en riesgo la salubridad carcelaria. Dado que eso estaba dentro de las capacidades técnicas e institucionales del sector administrativo respectivo, la restricción a los derechos fundamentales de los demandantes era grave.

9.2.4.3. Niveles razonables de satisfacción actualmente

9.2.4.3.1. La Sala considera que, actualmente, es posible garantizar un nivel de satisfacción superior al provisto desde marzo de dos mil veinte. Ello obedece a que desde el principio de la pandemia se han podido identificar ciertas variables y herramientas cuya adecuada articulación permite minimizar los factores que propician la transmisión del virus de humano a humano (es decir, que permiten velar por el cuidado de la razón constitucionalmente legítima), ampliando progresivamente la faceta prestacional del derecho a las visitas íntimas a niveles previos a la pandemia. En principio, ese nivel razonable de satisfacción es el previsto en la Circular 08 de marzo de 2021, alcanzado después de atravesar los dos estadios anteriores del desarrollo epidemiológico.

9.2.4.3.2. Si se parte del supuesto de que “el principio de progresividad supone obligaciones de hacer con miras a garantizar, gradual y sucesivamente la plena efectividad de los derechos, en el contexto de las capacidades económicas e institucionales del Estado”, se llega fácilmente a la conclusión de que desconocer el nivel de satisfacción previsto en la Circular 08 de marzo de 2021 comporta una restricción grave a la faceta prestacional de los derechos fundamentales de la PPL y de sus familiares.

10. Solución a los casos concretos

10.1. Solución al expediente T-8.181.237

10.1.1. La Sala advierte que en el expediente T-8.181.237 operó el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado. Si bien el INPEC y el establecimiento de reclusión “El Cunduy” no habían reanudado la autorización de las visitas íntimas al interior de este cuando se presentó la acción de tutela, también es cierto que antes de que operara la cosa juzgada constitucional adoptaron las medidas necesarias para que fuera posible que el señor Gustavo Adolfo Osorio accediera a una visita íntima con su compañera permanente.

10.1.2. Como se ve, se reúnen los presupuestos necesarios para predicar la ocurrencia del hecho superado en este caso:

Presupuesto

Caso concreto

(i) que ocurra una modificación en los hechos que originaron la acción;

Durante el trámite de la tutela ocurrió la expedición de la Circular 08 de 2021 y dos Resoluciones relativas a la autorización de visitas íntimas para el demandante.

(ii) que esa modificación implique la satisfacción integral de las pretensiones de la demanda;

La Circular autorizó el acceso a las visitas íntimas conforme se desarrolle en adelante la situación sanitaria. Y el establecimiento “El Cunduy” autorizó dos visitas íntimas al demandante (el trece de abril y el veintiocho de julio de dos mil veintiuno), como lo pedía este en su escrito.

(iii) que sea resultado de una conducta asumida por la parte demandada.

La Circular 08 de 2021 fue expedida por el Director General del INPEC; y las Resoluciones que autorizaron la visita íntima al señor Gustavo Adolfo Osorio fueron expedidas por el Director del Establecimiento de Reclusión.

10.1.3. Sin embargo, dado que no obra en el expediente confesión del demandante en el sentido de afirmar que efectivamente accedió a la visita íntima autorizada, la Sala ordenará al Director del establecimiento “El Cunduy” que, si no lo ha hecho, permita que el señor Gustavo Adolfo Osorio acceda efectivamente a la visita íntima si ello no constituye una amenaza seria para la salubridad del establecimiento.

10.2. Solución al expediente T-8.197.176

10.2.1. Por el contrario, la Sala no encuentra que en el expediente T-8.197.176 la situación haya sido superada en ningún momento. A pesar de que se requirió en dos oportunidades al Director del Establecimiento de Reclusión “El Pedregal” para que informara si había tomado o no alguna determinación sobre la autorización o prohibición de las visitas íntimas al interior del centro de reclusión, aun cuando fue vinculado debidamente al trámite por el juzgado de instancia, optó por guardar silencio.

10.2.2. Por ese motivo la Sala le ordenará tomar una decisión atendiendo a las indicaciones de la Circular 08 de 2021.

11. Conclusiones

11.1. La suspensión generalizada de las visitas íntimas y familiares al principio de la pandemia era una medida que comportaba una restricción leve a los derechos fundamentales de la PPL y sus familiares, ante el desconocimiento del comportamiento del virus que produce la enfermedad denominada Covid-19; y de los factores y prácticas que ayudan a prevenir los contagios. Permitir el ingreso de visitantes a los establecimientos de reclusión habría puesto en grave riesgo otros derechos fundamentales de la PPL y de los trabajadores de aquellos centros.

11.2. El desarrollo epidemiológico desde marzo de dos mil veinte hasta diciembre de ese mismo año había permitido identificar algunas de esas variables, de modo que era posible hacer uso de las capacidades técnicas e institucionales del Estado para —con el mismo efecto de minimizar los factores que propician la transmisión del virus— reanudar las visitas íntimas y familiares al interior de los centros de reclusión; para ampliar la faceta prestacional del derecho fundamental.

11.3. Después de la expedición de la Circular 08 de marzo de 2021, suspender las visitas familiares e íntimas en los centros de reclusión sin razones que atiendan al comportamiento de la Covid-19 y que desechen los conocimientos y herramientas adquiridas desde el origen de la pandemia comporta una restricción grave a los derechos fundamentales de la PPL; no sólo por lo explicado en el párrafo anterior, sino porque esa Circular amplió el goce de la faceta prestacional del derecho a un nivel tal que permite retornar gradualmente a la normalidad. Eso quiere decir que aplicar o adoptar disposiciones menos garantistas respecto a la visita íntima que las establecidas en la Circular externa 021 de 2021 y en la Circular 08 de marzo de 2021 implica desconocer el carácter progresivo de la faceta prestacional de los derechos fundamentales de la PPL y de sus familiares.

11.4. Por eso, a la hora de restringir el acceso a las visitas íntimas o familiares durante la pandemia por Covid-19, las autoridades de cada jurisdicción deberán (i) verificar que sea absolutamente necesario ante la ineficacia total de cualesquiera otras alternativas disponibles para controlar la situación sanitaria en un determinado momento y centro de reclusión; (ii) definir el término estrictamente necesario durante el cual dicha suspensión debe adoptarse en cada centro de reclusión, procurando que sea el menor posible para controlar la situación; y (iii) garantizar los medios necesarios para que la PPL pueda permanecer en contacto con sus familiares en todo momento, a fin de evitar que lo contrario derive en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

11.5. El hecho de que la Dirección General del INPEC haya guardado silencio frente a los requerimientos que se le hicieran en dos ocasiones para que informara qué indicaciones de carácter general había impartido desde el 03 de diciembre de 2020 a los directores de los establecimientos de reclusión sobre la autorización o prohibición de las visitas íntimas al interior de aquellos —unido a que el Ministerio de Justicia y del Derecho indicó que estuvieron suspendidas hasta el 31 de mayo de 2021 y a que, además, guardó silencio sobre cuál era la norma vigente sobre la materia— le genera dudas a la Sala sobre la vigencia efectiva de la Circular 08 de 2021 a nivel nacional.

11.6. En consecuencia, prevendrá al Director General del INPEC para que la haga cumplir y para que, en adelante, garantice el nivel mínimo de protección previsto en ella, indicándole que no podrá suspender nuevamente las visitas íntimas al interior de los centros de reclusión, sino cuando ello resulte absolutamente necesario ante la ineficacia de las demás

alternativas a su alcance. Adicionalmente, se advertirá al Ministerio de Justicia y del Derecho que deberá procurar que la faceta prestacional del derecho fundamental a la visita íntima retorne gradualmente a niveles previos a la pandemia, conforme al desarrollo epidemiológico, y sin que sea posible implementar una suspensión generalizada de las visitas íntimas por regla general, sino cuando resulte estrictamente necesario ante la ineficacia de cualesquiera otras alternativas.

. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Florencia, proferida el veinte (20) de enero de dos mil veintiuno (2021), para, en su lugar, DECLARAR la carencia actual de objeto por hecho superado en el expediente T-8.181.237.

SEGUNDO. Sin embargo, SE INSTA al Director del Establecimiento Penitenciario – Cárcel “El Cunday” a que, si no lo ha hecho, defina dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, la fecha en que el señor Gustavo Adolfo Osorio podrá acceder a la visita íntima autorizada el pasado veintiocho (28) de julio de dos mil veintiuno (2021) al interior del centro de reclusión.

TERCERO. REVOCAR la sentencia del Juzgado Quince de Familia de Medellín, proferida el dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021), para, en su lugar, TUTELAR el derecho a la visita íntima de Sara Zujeidy Vélez Herrera.

CUARTO. ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario – Cárcel “El Pedregal” que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, defina si, de conformidad con la Circular 08 de 2021, la señora Sara Zujeidy Vélez Herrera puede visitar a su compañero permanente al interior del centro de reclusión, o si, atendiendo a esa misma Circular puede constituir una amenaza seria para la salubridad de la cárcel. De no constituir esa amenaza, deberá adoptar todas las medidas necesarias para que Sara Zujeidy Vélez Herrera pueda visitar a su compañero permanente en un plazo no mayor a un

(1) mes contado a partir de la notificación de esta providencia.

Además, deberá dar cabal cumplimiento a la Circular 08 de 2021 y demás normas posteriores que se expidan sobre la materia, a fin de evitar que las limitaciones temporales impuestas se constituyan en barreras que suspendan y hagan nugatorio el derecho de la señora Sara Zujeidy Vélez Herrera a visitar a su compañero permanente.

QUINTO. ADVERTIR al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC que deberá procurar que la PPL y sus familiares retornen gradualmente a la normalidad en el goce del derecho a las visitas íntimas, sin que pueda restringirse el acceso a ellas cuando la capacidad técnica e institucional permitan minimizar los factores de riesgo de transmisión del virus sin necesidad de prohibir la unidad familiar.

SEXTO. ADVERTIR al Ministerio de Justicia y del Derecho que deberá velar porque el acceso a visitas íntimas retorne gradualmente a la normalidad, atendiendo a las herramientas y conocimientos adquiridos respecto del comportamiento de la enfermedad denominada Covid-19 sin que sea posible, en adelante, suspender indefinidamente las visitas íntimas al interior de los centros de reclusión, salvo cuando ello resulte estrictamente necesario ante la incapacidad técnica e institucional absoluta para prevenir los contagios al interior de algún centro en particular por cualesquiera otros medios.

SÉPTIMO. LIBRAR las comunicaciones —por la Secretaría General de la Corte Constitucional—, así como DISPONER las notificaciones a las partes —a través de los jueces de tutela de instancia—, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Para el efecto, se solicita a los jueces de instancia que confirmen el lugar de notificaciones de las partes.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-358/21

Referencia: Expedientes (AC) T-8.181.237 y T-8.197.176.

Acción de tutela interpuesta por Gustavo Adolfo Osorio en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y del ERON “El Cunday”; y por Sara Zujeidy Vélez Herrera en contra del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, del Ministerio de Justicia y del Derecho y del ERON “El Pedregal”

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a aclarar el voto en la Sentencia T-358 de 2021.

1. 1. La Corte estudió dos casos relacionados con el régimen de visitas íntimas para la población privada de la libertad. Una de las acciones de tutela fue presentada por una persona reclusa en el Establecimiento “El Cunday” en Florencia, Caquetá. La otra, fue instaurada por la compañera sentimental de una persona reclusa en el Establecimiento “El Pedregal” en Medellín, Antioquía.

2. En la Sentencia T-358 de 2021, la Sala Séptima de Revisión concedió el amparo del derecho fundamental a la visita íntima. En consecuencia, ordenó a los directores de los

establecimientos carcelarios accionados atender a lo establecido en la Circular 08 de 2021 y determinar si es viable la realización de las visitas íntimas de acuerdo con las condiciones de salubridad actuales. Igualmente, le advirtió al director del INPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho que deberán procurar un retorno gradual a la normalidad en materia de visitas.

4. La sentencia T-358 de 2021 aplicó el juicio de proporcionalidad empleado en el fallo T-027 de 2018, con el fin de establecer la vulneración de garantías superiores en aquellos casos en los que se solicita la protección de una faceta prestacional de un derecho. A continuación, identificaré algunos de los apartes más problemáticos de esta decisión y las razones por las cuales considero que se trata de una aproximación incorrecta.

5. En primer lugar, en el fundamento 114 de la sentencia T-027 de 2018, la Corte indicó:

“El juez constitucional debe realizar un estudio acerca del contenido del derecho previsto por el legislador o por la administración. Esto, habida consideración de que en cabeza de ellos se encuentra la obligación de desarrollar la normativa y las políticas públicas, y, así, definir el contenido de los derechos fundamentales”.

6. Esta afirmación implica una tesis que confiere al legislador y a la administración una atribución muy amplia: el juez debe fijar el contenido de un derecho de acuerdo con la interpretación -prima facie- del legislador o la administración. Si bien posteriormente la sentencia T-027 de 2018 indica en el fundamento 115.5 que en ciertos casos puede hacerlo de manera autónoma, se trata de una posibilidad limitada. Bajo esta perspectiva no le está dado al juez constitucional, en principio, atribuir contenido a un derecho en abstracto o con fundamento en criterios autónomos dado que ello dependería, principalmente, de las decisiones de la administración y del legislador.

7. Esta comprensión de la función judicial de atribuir contenido a los derechos limita en extremo el papel del juez constitucional. Al respecto, en la sentencia C-288 de 2012, al referirse a la independencia judicial, la Corte indicó que la cláusula del artículo 230 constitucional es un “límite para las actividades de los demás poderes públicos y los particulares, que exige que los jueces no sean condicionados, coaccionados o incididos, al momento de adoptar sus decisiones, por ningún factor distinto a la aplicación del ordenamiento jurídico y al análisis imparcial y objetivos de los hechos materia de debate judicial”. En consecuencia, ceñir la interpretación de un derecho a la comprensión que otro

poder público le ha otorgado, atenta contra la referida independencia judicial.

8. Al respecto, vale la pena traer a colación el salvamento de voto a la sentencia T-027 de 2018, que presentó la magistrada Diana Fajardo, quien se apartó de la decisión por cuanto “limita la labor del juez constitucional a realizar un ‘estudio acerca del contenido del derecho [positivo] previsto por el legislador o por la administración’; considerando que es en cabeza de las otras ramas del poder público que ‘se encuentra la obligación de [...] definir el contenido de los derechos fundamentales’. Es cierto que la formulación de políticas públicas escapa en general a la competencia del juez, pero no ocurre lo mismo con la definición del contenido de los derechos fundamentales. En tanto guardiana de la supremacía de la Constitución, esta Corporación está facultada y, es su deber, velar por la vigencia inmediata de la Carta”. Esta aproximación recoge, en buena medida, las mismas inquietudes que han motivado esta aclaración.

9. Sin embargo, es importante advertir algo adicional. La relación entre los derechos y los jueces es menos simple. A estos la Constitución les atribuye una delicada tarea de identificar, desarrollar y precisar las normas de derecho fundamental y, en esa dirección, la definición de su alcance no puede estar precedida de la idea de que ello corresponde primero a las otras autoridades.

10. Si bien la tarea del legislador y de las autoridades administrativas es importante en su configuración y eficacia, la posición institucional de los jueces y, en particular, de la Corte, supone que la tarea a su cargo consiste en impedir los excesos y los defectos en la actuación de las otras autoridades públicas. Esta premisa no se cumpliría si se asume como punto de partida de la ponderación el estudio de la pretensión del accionante.

11. En segundo lugar, al caracterizar el análisis de proporcionalidad la sentencia T-027 de 2018 indicó lo siguiente:

“117. En relación con la idoneidad, el juez debe verificar que el nivel de satisfacción razonable pretendido (la pretensión del accionante) o las otras alternativas razonables de satisfacción sean adecuados para garantizar el nivel razonable de satisfacción del derecho, de acuerdo con el contenido exigible, previamente analizado.

118. La necesidad, por su parte, supone que el juez determine si, de todos los medios

posibles que permiten satisfacer el nivel razonable y exigible del derecho, en el caso concreto, el nivel de satisfacción razonable pretendido o alguna de las otras alternativas razonables de satisfacción son menos lesivas de la razón constitucionalmente legítima que justifica que el obligado no proporcione dicho nivel de satisfacción, sino uno distinto. Sobre este punto, es necesario advertir que, en razón de las competencias de las autoridades para definir el contenido de las políticas públicas (párr. 110), la interpretación constitucional debe ser respetuosa del desarrollo normativo realizado por el legislador y por la administración.

119. Finalmente, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se debe realizar en atención a la escala trídica del juicio de ponderación empleado por la jurisprudencia constitucional (leve, medio e intenso). En este sentido, el juez constitucional debe ponderar entre el grado de satisfacción del derecho –ya sea el nivel de satisfacción pretendido u otro distinto–; respecto de la afectación que se le causaría al obligado a satisfacer el derecho en ese nivel determinado”.

12. En la tesis aquí incluida, y que se aplicó nuevamente en la sentencia objeto de la presente aclaración de voto, se juzga la idoneidad, necesidad y proporcionalidad del “nivel de satisfacción razonable pretendido”, esto es, la pretensión del accionante. De este modo, el juez constitucional aplica un juicio sobre lo pretendido, en tanto lo que es razonable exigir en el marco del derecho fundamental que se reclama vulnerado. De acuerdo con la sentencia, “[a]nalizar la faceta prestacional de los derechos, por lo general, implica la existencia de una posición jurídica, en la que el titular del derecho exige que el obligado realice una determinada acción, a efectos de alcanzar un determinado nivel de satisfacción del derecho (nivel de satisfacción pretendido)”.

13. Esta idea es problemática pues podría imponer al accionante la carga de demostrar cómo su pretensión está dentro del “nivel de satisfacción razonable pretendido” y si esta es: i) idónea, en tanto sea “adecuados para garantizar el nivel razonable de satisfacción del derecho, de acuerdo con el contenido exigible, previamente analizado”; ii) necesaria, si la pretensión del accionante es menos lesiva que las razones que otorga el obligado y; iii) proporcional en sentido estricto dependiendo de “la afectación que se le causaría al obligado a satisfacer el derecho en ese nivel determinado”.

14. En este juicio se realiza una transformación de las cargas que usualmente se estudian en

el juicio de proporcionalidad. Esta es una aproximación que debería aplicarse únicamente cuando la pretensión del accionante está encaminada a limitar otros derechos. Este es el caso de la SU-626 de 2015, en la cual el accionante buscaba que se prohibiera una exposición de arte erótico por considerar que esta vulneraba su derecho a la libertad de cultos. En este caso, la Corte aplicó el juicio sobre la pretensión. Sin embargo, contrario a lo anterior, la pretensión en la sentencia T-358 de 2021 buscaba la ampliación de los derechos y no aparejaba, *prima facie*, la restricción de ninguno.

16. Así las cosas, considero que el juicio establecido en la sentencia T-027 de 2018 incluye ideas muy problemáticas, de las cuales, la Corte debería prescindir. En primer lugar, limita la potestad del juez constitucional para dotar de contenido a los derechos fundamentales. En segundo lugar, impone cargas excesivas al accionante al someter a juicio su pretensión, incluso cuando esta no busca limitar otros derechos fundamentales.

17. Además de los reproches expresados, considero que la aplicación de dicho juicio tampoco era necesaria para la solución del caso en la sentencia frente a la que ahora aclaro el voto. En casos similares la Corte ha aplicado un juicio de proporcionalidad diferente. Por ejemplo, en la sentencia T-686 de 2016 se estudió un caso relacionado con las visitas íntimas de la población privada de la libertad. En dicha oportunidad, la Corte indicó que las restricciones a este derecho deben atender a los principios de “razonabilidad, proporcionalidad y observar las normas que reglamentan la materia”. En la mencionada sentencia, se caracterizó el juicio de razonabilidad indicando que “las limitaciones a los derechos fundamentales deben estar justificadas en un principio de razón suficiente aplicable, en especial, a la relación entre el fin buscado y el medio para alcanzarlo”. A su vez, destacó que el juicio de proporcionalidad exige “ponderar intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, a fin de verificar si la restricción en comento no es excesiva”.

18. Por último, considero importante hacer alusión a la sentencia C-345 de 2019. En esta decisión la Corte unificó la jurisprudencia relativa a: i) los niveles de intensidad del juicio de proporcionalidad y ii) los pasos a estudiar en cada una de las diferentes intensidades. El juicio que incluyó la sentencia T-027 de 2018, y que aplicó la sentencia T-358 de 2021, no se ajusta metodológicamente a lo allí establecido. Si bien no es posible establecer una similitud completa entre el escrutinio de proporcionalidad cuando se ejerce el control abstracto y el concreto, lo cierto es que el empleado en la sentencia de cuyas consideraciones me aparto,

adopta una perspectiva que no parece acomodarse a la idea de la proporcionalidad como un poderoso instrumento para controlar la arbitrariedad.

19. En conclusión, si bien comparto el fondo de la decisión y creo que las medidas adoptadas son adecuadas para la protección de los derechos de los accionantes, el fundamento y la justificación de estas es muy problemático por cuanto: i) desconoce la independencia judicial para dotar de contenido a los derechos; ii) aplica un juicio sobre las pretensiones y no sobre las medidas, incluso si la pretensión no implica limitar otros derechos; iii) realiza un juicio que no era necesario pues existen metodologías más garantistas relacionadas con asuntos de población privada de la libertad y; iv) desconoce lo establecido por la Corte en la sentencia C-345 de 2019.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado