

Sentencia T-500/17

SOLICITUD DE REPATRIACION DE CONCIUDADANOS COLOMBIANOS RECLUIDOS EN EL EXTERIOR-Caso en que es negada repatriación por autoridades nacionales competentes, por no existir un convenio bilateral con el país extranjero

EXEQUATUR-Concepto/EXEQUATUR-Trámite

Según la Real Academia Española, la palabra exequatur proviene del latín *exequātur* “ejecútese” y significa en derecho el “reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por tribunales de otro Estado”. En cuanto al trámite de exequatur (art. 517 C.P.P.), la solicitud “deberá ser tramitada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este remitirá el asunto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá sobre la ejecución de la sentencia extranjera.

TRASLADO DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA-Facultades discrecionales

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE LOS INTERNOS E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Reiteración de sentencia T-439/13

PERSONAS CONDENADAS EN EL EXTERIOR-Solicitud de repatriación de conciudadanos colombianos recluidos en el extranjero y Convenios Bilaterales suscritos por Colombia

TRATADO DE REPATRIACION DE PERSONAS CONDENADAS EN EL EXTERIOR-Ámbito de aplicación

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS CONDENAS EN EL EXTERIOR E INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Orden a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, proferir una nueva recomendación sobre solicitud de repatriación de ciudadano al Ministro de Justicia y del Derecho

Referencia: Expediente No. T- 6.080.803

Acción de tutela instaurada por la Defensoría del Pueblo, actuando en representación del

ciudadano Iván Darío Gutiérrez Rojas y de sus hijos menores de edad, en contra de la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Consulado de Colombia en Hong Kong, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria y la Oficina de Asuntos Internacionales de la Defensoría del Pueblo.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera y los Magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien 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, así como en los Artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991 y el Acuerdo 02 de 2015 -Reglamento de la Corte Constitucional-, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido en única instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, D. C., el 21 de febrero de 2017, el cual resolvió declarar improcedente la acción de tutela instaurada por la Defensoría del Pueblo, actuando en representación¹ del ciudadano Iván Darío Gutiérrez Rojas y sus hijos, contra la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos; el Ministerio de Justicia y del Derecho; el Consulado de Colombia en Hong Kong; el Ministerio de Relaciones Exteriores; el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC); la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria y la Oficina de Asuntos Internacionales de la Defensoría del Pueblo, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la unidad familiar, al debido proceso, al interés superior del menor y de petición.

El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión mediante Auto del diecisiete (17) de abril de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número Cuatro,

integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y el Magistrado Alberto Rojas Ríos.

I. ANTECEDENTES

1. HECHOS

1. El señor Iván Darío Gutiérrez Rojas, ciudadano colombiano, de 46 años de edad, fue condenado el 18 de marzo de 2013, por el Alto Tribunal de la Región Administrativa Especial de Hong Kong -en adelante “RAEHK”-, a una pena de 14 años de prisión por el cargo único de “tráfico en droga peligrosa” al portar 600 gramos de cocaína al llegar al aeropuerto internacional de Hong Kong, Chek Lap Kok.

1. El 28 de noviembre de 2013, el accionante elevó solicitud de traslado a Colombia ante la autoridad competente en Hong Kong. Acto seguido, el Señor Charles Leung, Secretario de Seguridad de la RAEHK, luego de verificar la procedencia de la petición, impartió visto bueno y remitió la solicitud de traslado al Consulado de Colombia en Hong Kong. Además, adjuntó los documentos que establecen los requisitos y condiciones por la RAEHK para la procedencia de la repatriación del connacional.

1. Por medio de la “Circular CHK 520/014 para los colombianos condenados en Hong Kong” del 20 de noviembre de 2014, el Consulado de Colombia le comunicó al actor que, de acuerdo con los lineamientos establecidos por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, el traslado de connacionales solo sería procedente por estrictas razones humanitarias, cuando no exista convenio bilateral. Dichas razones incluyen: (i) enfermedad grave del interno o de los padres, hijos, esposa o compañera permanente debidamente certificada; (ii) edad avanzada (a partir de los 65 años de edad) y; (iii) estado de invalidez del interno debidamente certificado².

1. Mediante Resolución 607 del 12 de agosto de 2015, el Ministerio de Justicia y del Derecho resolvió negar 27 traslados solicitados por ciudadanos colombianos, entre ellos el accionante. Esto, en razón a “la inexistencia de Instrumento Bilateral de traslado de personas condenadas entre la Republica de Colombia y la Región Administrativa Especial de Hong Kong”, ya que el señor Gutiérrez Rojas no se encuentra cobijado por alguna razón humanitaria, de acuerdo con la recomendación realizada el día 29 de mayo del 2015, por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos al Ministro de Justicia y del Derecho.

1. Mediante escrito del 15 de agosto de 2015, el actor presentó una serie de denuncias ante el Consulado de Colombia en Hong Kong y el Secretario de Seguridad de la RAEHK, respecto de las condiciones en las que se encuentra cumpliendo su condena. Destaca la existencia de: i) actos de sabotaje y contaminación de alimentos³, ii) tratos denigrantes por parte de los guardias de seguridad con los connacionales e hispanohablantes, iii) deficiente atención en salud, iv) riesgos a su integridad física por ser colombiano, entre otras.

1. La decisión del 12 de agosto de 2015, fue comunicada al actor por la Cónsul de Colombia en Hong Kong el 20 de agosto del mismo año, informándole que contra dicho acto procedía recurso de reposición. El 3 de septiembre del mismo año, interpuso el mencionado recurso para terminar de cumplir su condena en Colombia. Agregó que debe aplicarse el principio internacional de reciprocidad en virtud de la aprobación que otorgó la RAEHK en su caso.

1. El 22 de octubre de 2015, el Ministerio de Justicia y del Derecho profirió Resolución No. 831 en la que confirmó el acto recurrido puesto que incumple con los requisitos “humanitarios” fijados para la procedencia del traslado. Asimismo afirmó que: “...si bien el Gobierno Hongkonés autorizó la entrega del accionante, por sí sola esta disposición no tiene aplicación en la República de Colombia, toda vez que no hace parte del ordenamiento jurídico

de este país ni tampoco fue acordada por el Estado Colombiano, por tanto no resulta vinculante para este país”. Dicho acto fue notificado al señor Gutiérrez Rojas el 4 de noviembre de 2015.

1. El 28 de diciembre de 2015, el actor solicitó que se remitiera su solicitud realizada ante el Consulado de Colombia en Hong Kong al Ministro de Justicia y del Derecho para que conociera de la denuncia y declaración hecha el día 15 de agosto de 2015⁴. El 7 de enero del año 2016, se le informó que “no ha recibido el oficio a que se hace referencia”, acto seguido, le fue enviada la petición al Ministerio de Relaciones Exteriores para que diera contestación a lo demandado por el actor. Además, le comunicaron que entre la República de Colombia y la República Popular de China se están realizando acercamientos tendientes a negociar y acordar un Tratado de Personas Condenadas.

1. El 27 de marzo de 2016, el accionante elevó una nueva petición ante el Ministerio de Justicia y del Derecho en la que solicitó su repatriación a la República de Colombia; el Gobierno Hongkonés nuevamente emitió decisión favorable, adjuntando requisitos y procedimiento a realizar.

1. Mediante Resolución No. 0566 del 12 de agosto de 2016, el Ministerio accionado resolvió negar la nueva solicitud de acuerdo a la recomendación realizada por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, por cuanto no se invocó algún criterio humanitario dispuesto para el traslado de condenados cuando no exista un convenio bilateral.

1. La anterior decisión le fue notificada al accionante el 29 de agosto del mismo año, sin embargo, no se presentó recurso de reposición, pese a que el señor Gutiérrez Rojas solicitó, en la misma fecha, a la Defensoría del Pueblo: “...actuar en mi nombre, representación, defensa de mis derechos fundamentales y en virtud de la función específica de la Defensoría

del Pueblo presentar recurso de reposición en contra del acto administrativo resolución número 0566 del 12 de agosto del 2016”5.

1. En el escrito de tutela se resalta la presunta vulneración a la unidad familiar y al interés superior de dos menores de edad, “pues mi compañera permanente e hijos menores de edad además de padecer la circunstancia de no poder siquiera visitarme, afecta el interés superior de mi hijo Juan Ángel Gutiérrez Murcia de 6 años de edad y de mi hija Diana Oliva Gutiérrez Díaz de 15 años de edad”.

2. PRETENSIONES

Con fundamento en la negativa a sus solicitudes de traslado a su país de origen emitidas por el Ministerio de Justicia y del Derecho mediante resoluciones número 06076 y 05667 de 12 de agosto de 2015 y 12 de agosto de 2016, el accionante solicitó al Defensor del Pueblo, que sea interpuesta acción de tutela en su nombre y el de sus hijos, con el fin de que se protejan los derechos fundamentales a la vida digna, a la unidad familiar, al debido proceso, al interés superior del menor y de petición.

En el escrito de tutela se formulan las siguientes pretensiones:

* Que se ordene a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, redefinir las razones por las cuales procede el traslado de colombianos privados de la libertad en el extranjero con los que el Estado Colombiano no tiene convenio.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

Entidades accionadas:

Tras haber sido admitida la acción de tutela, el magistrado sustanciador de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., notificó la acción de tutela de la referencia y ordenó a las entidades accionadas pronunciarse sobre los hechos contenidos en el escrito de tutela, en el

siguiente orden:

3.1. El Jefe de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho⁸ relató el procedimiento surtido respecto de la solicitud de repatriación del accionante en el cual se le dio respuesta a cada una de las peticiones por este elevadas. Además, precisó diferentes fundamentos respecto del trámite de repatriación en el cual agregó que “la decisión del traslado es discrecional, soberana y potestativa tanto del Estado Receptor como del Estado Trasladante”. Por lo anterior, consideró que se le ha respetado el debido proceso por cuanto se actuó de acuerdo con los lineamientos legales vigentes en la materia.

Advirtió que la situación familiar del accionante era desconocida por la entidad hasta la interposición de la acción de tutela referencia:

“...y, pese a ello, el señor Gutiérrez Rojas nunca interpuso la existencia de alguno de dichos criterios humanitarios, al punto que solo hasta la interposición de la presente acción de tutela, este Ministerio conoció la existencia de los hijos del accionante” (...) “este Ministerio considera que improcedente -sic- los amparos solicitados a los derechos de unidad familiar, interés superior de los niños en conexidad con la vida digna ya que solo hasta la interposición de la presente acción de tutela, este Ministerio conoce de la existencia de los hijos del accionante, en virtud de los registros civiles aportados. Situación que no había sido conocida por este Ministerio con anterioridad. Más aún por cuanto esta Cartera no ha vulnerado los derechos de aquellos sino únicamente ha dado el trámite a la solicitud de traslado del connacional de conformidad con la normatividad existente y los documentos aportados por aquel”⁹.

En consecuencia, instó a que se le desvincule de la presente acción constitucional, en razón a que su actuación ha sido acorde a sus funciones y que no es posible acceder a las pretensiones del accionante al buscar que se le conceda la repatriación por vía de tutela, “desconociendo los procedimientos y requisitos previstos para el trámite de traslado de personas condenadas”¹⁰.

Entidades vinculadas:

Mediante el mismo Auto de admisión de 8 de febrero de 2017, el magistrado sustanciador de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., decidió vincular oficiosamente al

Consulado de Colombia en Hong Kong, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a la Defensoría Delegada Para la Política Criminal y Penitenciaria y a la Oficina de Asuntos Internacionales de la Defensoría del Pueblo, quienes se pronunciaron de la siguiente manera:

3.2. La Directora (E) de Asuntos Migratorios, Consulares y Servicio al Ciudadano del Ministerio de Relaciones Exteriores en su respuesta a la acción indicó que, “a través del Consulado de Colombia en Hong Kong y el Grupo interno de Trabajo de Asistencia a Connacionales, ha brindado acompañamiento constante, en el marco de sus funciones, al connacional IVAN DARÍO GUTIÉRREZ ROJAS”¹¹.

Además, relacionó las solicitudes enviadas por el accionante y cada una de sus actuaciones dentro del intercambio de comunicaciones entre el connacional y todas las entidades con las cuales tuvo contacto durante su petición de traslado como lo fueron: el Ministerio de Justicia y del Derecho, “UNASUR”, la Representante a la Cámara de Colombianos en el Exterior por el Movimiento Político MIRA, entre otros¹².

Precisó que entre Colombia y Hong Kong “no existe Tratado para el Traslado de Personas Condenadas, por lo cual, para que el connacional privado de la libertad que cumpla con los criterios de razones humanitarias estipulados en la Comisión Intersectorial Para el Estudio de Solicitudes de Repatriación de Presos”, deberá acreditar: (i) la enfermedad grave del interno o de los padres, hijos, esposa o compañera permanente; (ii) edad avanzada (a partir de los 65 años de edad) y; (iii) estado de invalidez del interno debidamente certificado¹³.

Por último, aseveró no ser la autoridad encargada del traslado de personas sentenciadas fuera del país, lo que constituye falta de legitimación en la causa por pasiva¹⁴.

3.3. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- en su respuesta hace una breve descripción acerca de las funciones de dicha entidad, citando el artículo 14 de la Ley 65 de 1993¹⁵, que establece “Contenido de las funciones del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. Corresponde al Gobierno Nacional por conducto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta a través de una sentencia penal condenatoria, el control de las medidas de aseguramiento, del mecanismo de seguridad electrónica y de la ejecución del trabajo social no remunerado”¹⁶ (subrayado fuera del texto), en consecuencia, advirtió que dicha entidad no ha vulnerado los

derechos fundamentales del actor por cuanto la competencia para desatar el conflicto objeto de la acción radica en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos del Ministerio de Justicia y del Derecho, y del Ministerio de Justicia y del Derecho.

3.4. El Defensor Delegado para la Política Criminal y Penitenciaria expresó que las solicitudes de repatriación que elevó el accionante fueron negadas, pero la Defensoría del Pueblo a petición del interesado el 16 de febrero de 2016 exhortó al Ministerio de Justicia y del Derecho a reexaminar el tema desde tres perspectivas puntuales: “i) Considerar la ampliación de las causales de repatriación por razones humanitarias cuando haya ausencia de un tratado internacional sobre la materia; ii) analizar en cada caso particular los ofrecimientos de repatriación de colombianos que hagan países extranjeros; iii) en defecto de tratado internacional de repatriación de condenados y de razones humanitarias considerar la aplicación del principio de reciprocidad¹⁷. Sin embargo, estas observaciones resultaron infructuosas.

3.5. La Oficina de Asuntos Internacionales de la Defensoría del Pueblo afirmó que el accionante el 24 de febrero de 2016 envió un correo electrónico a dicha entidad “en el cual solicitó asignación de un Defensor Público para que se coadyuve recurso de reposición en contra del acto administrativo que negó su repatriación humanitaria emitido por el Ministerio de Justicia y del derecho”¹⁸. Además, resumió las demás actuaciones de la entidad respecto a las peticiones elevadas por el condenado colombiano.

4. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de Primera y Única Instancia

Mediante proveído del veintiuno (21) de febrero de dos mil diecisiete (2017), la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, declaró improcedente el amparo de los derechos invocados por el accionante en consideración al incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela, pues el señor Iván Darío Gutiérrez Rojas no interpuso recurso de reposición contra

la Resolución 566 del 12 de agosto de 2016. Además contaba con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante un juez contencioso administrativo con el fin de controvertir el acto administrativo referenciado, en el que cuenta con la posibilidad de “solicitar la adopción de medidas cautelares conforme con los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011-Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-...”.

En el mismo sentido, el a quo manifestó que el actor no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, “en razón a que hasta el momento que se le describió el traslado al Ministerio de Justicia y del Derecho, éste no tenía conocimiento de la existencia de los hijos del accionante... lo cual permite colegir que lo referente al tema de la unidad familiar no ha sido invocado como sustento de la repatriación que reclama”¹⁹, por otra parte, señaló que la Defensoría del Pueblo no recurrió el acto administrativo alegando que carece de competencia funcional para hacerlo, toda vez que le corresponde al Consulado realizar tales labores. Por último, agregó que nada le impide al accionante presentar nuevamente la solicitud de repatriación debidamente asesorado por el Consulado Colombiano²⁰.

1. PRUEBAS QUE OBRAN DENTRO DEL EXPEDIENTE

* Copia del pasaporte de Iván Darío Gutiérrez Rojas (cuaderno I f.42).

* Copia del Registro Civil de Nacimiento del menor Juan Ángel Gutiérrez Murcia, en el cual consta que el accionante es su padre, y que nació el día 10 de julio de 2010 (cuaderno I. f.118).

* Copia del Registro Civil de Nacimiento de la menor Diana Oliva Gutiérrez Díaz, en el cual consta que Iván Darío Gutiérrez Rojas es su padre y que nació el día 21 de enero de 2001 (cuaderno I. f.120).

* Copia de la solicitud de Traslado a Colombia (cuaderno I f.54-58).

* Copia de respuesta de la RAEHK a la solicitud de traslado (cuaderno I f.43-51).

* Copia de la “Circular para los Colombianos Condenados en Hong Kong del Consulado General de Colombia en Hong Kong” (cuaderno I f.51).

* Copia de la Resolución No. 0607 del 12 de agosto de 2015 por la cual se deciden las solicitudes de Traslado a Colombia (cuaderno I f. 52-53).

* Copia de las denuncias realizadas ante el Consulado de Colombia en Hong Kong, de fecha 15 de agosto de 2015 (cuaderno I f.59-66).

* Copia de la Resolución No. 0831 del 22 de octubre de 2015, por la cual se decidió el recurso de reposición interpuesto por el accionante contra la Resolución No. 0607 (cuaderno I f.66-69).

* Copia de la solicitud de Traslado a Colombia con fecha de 27 de marzo de 2016 (cuaderno I f.92-98).

* Copia de la Resolución No. 0566 del 12 de agosto de 2016 por la cual se decide la solicitud traslado del 27 de marzo del mismo año (cuaderno I f.102-103).

* Copia del Decreto 4328 de 2011 que creó la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos (cuaderno II f. 72).

1. ESCRITO ALLEGADO POR FRANCY JOHANNA MURCIA

Mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corporación el 28 de junio de 2017, recibido por el despacho sustanciador el 29 de junio de 2017, la señora Francy Johanna Murcia relata²¹ ciertos hechos a raíz de la ausencia de su compañero permanente, Iván Darío Gutiérrez Rojas:

“Iván Darío se fue en el año 2012 y desde ese mismo instante la vida se tornó muy difícil para mi hijo y para mí, vivíamos en la casa de mi suegro y él tomó la decisión de venderla por lo que me vi forzada a trabajar en lo que me saliera (siempre buscando que fuera algo digno y que no tuviera nada que ver con cosas ilegales ni deshonrosas) para poder pagar una pequeña habitación...” (...)

“... al verme sin trabajo tomé la decisión de viajar para Aruba (que es donde me encuentro actualmente) en busca de nuevas y mejores oportunidades económicas. Fue muy difícil tener que viajar sola sin mi bebé teniendo que dejarlo al cuidado de mi mamá. (...) Desde la partida de Iván Darío siempre he estado orando a Dios y conservando la esperanza que regrese pronto porque sus hijos y yo lo necesitamos tener cerca para volver a ser una familia, sé que tenemos que empezar de nuevo pero juntos lo haremos posible. Me duele mucho ver a Iván como sufre lejos de nosotros y ver como sus hijos sufren por su ausencia...”²².

II. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Es competente la Sala Octava de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en 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. PROBLEMA JURÍDICO

En el presente caso el accionante –ciudadano colombiano privado de la libertad en la cárcel Shek Pik de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China-, por intermedio de la Defensoría del Pueblo, demanda su repatriación que ha sido autorizada por las autoridades de dicha Región Administrativa Especial. Sin embargo, el Consulado de Colombia en Hong Kong y el Ministerio de Justicia y del Derecho negaron su traslado a Colombia, como quiera que no existe un convenio bilateral con dicho país. Además, señalan que Iván Darío Gutiérrez Rojas no cumple con las razones humanitarias de repatriación, establecidas por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos que aplican para aquellos países con los cuales no existe tratado internacional.

Después de elevar diversas peticiones ante autoridades nacionales y extranjeras tendientes a lograr su repatriación, el ciudadano privado de la libertad -accionante- solicitó, en su nombre y en representación de sus hijos, la protección de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la unidad familiar, al debido proceso, al interés superior del menor y de petición mediante acción de tutela.

El juez de única instancia, al decidir el amparo de la referencia, consideró su improcedencia, toda vez que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para restablecer sus derechos. Según el a quo, no se cumple con la subsidiariedad al observarse que no interpuso recurso de reposición contra el último acto administrativo que negó su repatriación. En adición, porque actualmente cuenta con otro medio de control como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa.

En ese sentido, en aras de solucionar la controversia objeto de revisión, le corresponde a la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional solucionar dos problemas jurídicos interdependientes: (i) formal, relacionado con un análisis de procedibilidad de la acción de tutela, ante la existencia de presuntos defectos en la residualidad y subsidiariedad del recurso de amparo, detectados por el juez de única instancia; y (ii) de fondo, determinar la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, a la unidad familiar, al debido proceso, al interés superior del menor y de petición de Iván Darío Gutiérrez Rojas y sus hijos, por cuenta de haberle sido negada su repatriación a Colombia por las autoridades nacionales competentes, pese a la autorización dada para su traslado por la Región

Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China.

Con el fin de responder los anteriores interrogantes, la Sala Octava de Revisión se pronunciará sobre los siguientes ejes temáticos: (i) la ejecución de las sentencias extranjeras en Colombia; (ii) las facultades discrecionales en el traslado de personas privadas de la libertad en el derecho interno colombiano; (iii) el derecho fundamental a la unidad familiar y el interés superior del menor; (iv) la procedencia de solicitudes de repatriación de conciudadanos colombianos reclusos en el exterior y los convenios bilaterales suscritos por Colombia sobre la materia; para finalmente, (v) resolver el caso concreto.

1. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN COLOMBIA

Al estar relacionada la controversia que ocupa la atención de la Sala con una solicitud de repatriación formulada por un ciudadano colombiano, condenado mediante sentencia judicial extranjera, resulta relevante abordar la figura del exequatur, es decir, la posibilidad jurídica de ejecutar esa decisión judicial en Colombia.

En principio, los Estados ejercen su soberanía dentro del ámbito de su territorio y debido a los principios de autodeterminación e independencia, la sentencia dictada en un Estado extranjero no puede tener efectos fuera de los límites del Estado en el cual se dictó, pues la misma es una expresión de la soberanía, en razón a ello, ésta solamente puede tener autoridad o trascendencia dentro del ámbito territorial del Estado.

No obstante, con la aparición del derecho internacional, la teoría del Estado ha mutado permitiendo que una sentencia extranjera pueda tener eficacia en un territorio distinto al del Estado en que fue proferida. En los países existen diferentes sistemas (más o menos flexibles) que hacen posible la eficacia de las sentencias foráneas dentro del ámbito territorial de otro Estado.

Así, algunos sistemas jurídicos no imponen requisitos especiales salvo que se haya dictado por la autoridad competente y haya cumplido con las formalidades procesales en su país de origen. Este método se contrapone al que niega totalmente la aplicabilidad de las sentencias extranjeras. En el medio, se encuentra un sistema mixto (como el colombiano), el cual exige

una declaración de autoridad en el país receptor para otorgar eficacia a una sentencia extranjera. Dicha declaración se logra mediante el exequatur, que también recibe en la doctrina el nombre de juicio de deliberación, de reconocimiento o de homologación.

Según la Real Academia Española, la palabra exequatur proviene del latín *exequātur* “ejecútese” y significa en derecho el “reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por tribunales de otro Estado”.

El profesor Guzmán Latorre explica que el exequatur “es el acto que recayendo sobre la propia sentencia extranjera, inviste a ésta, tal como ha sido dictada, de los mismos efectos que tienen las sentencias de los jueces nacionales sin necesidad de entrar a la revisión del juicio”²³. En ese entendido, el fenómeno aludido pretende que la sentencia extranjera sea eficaz en un Estado distinto del que fue proferida en la medida que el ordenamiento jurídico interno le da fuerza obligatoria.

En el sistema jurídico colombiano, el Código Penal (C.P.) y de Procedimiento Penal (C.P.P. Ley 906 de 2004) regula lo referente a las sentencias extranjeras de carácter penal que pretendan ejecutarse en la República de Colombia.

En efecto, el artículo 16 del estatuto penal se refiere a la aplicación de la ley penal en el espacio, concretamente describe el principio de extraterritorial de la jurisdicción penal colombiana²⁴. Con este concepto, se consagra excepcionalmente, por una parte, la circunstancia que permite al Estado colombiano imponer sus leyes a sujetos pasivos que no se encuentran dentro del territorio y, por otra, obliga al mismo Estado a aceptar que, en ciertos casos, se apliquen las leyes extraterritoriales de naciones extranjeras a personas que se encuentran u ocurren dentro de su territorio.

Por su parte, el artículo 515 del C.P.P. (art. 495 de la Ley 600 de 2000) señala que, “las sentencias penales proferidas por autoridades de otros países contra extranjeros o nacionales colombianos podrán ejecutarse en Colombia a petición formal de las respectivas autoridades extranjeras, formulada por la vía diplomática”.

En tal virtud, para que una sentencia proferida en el extranjero pueda ser ejecutada en nuestro país deben cumplirse como mínimo los siguientes requisitos legales:

“Artículo 516. (...)”

1. Que no se oponga a los Tratados Internacionales suscritos por Colombia, o a la Constitución Política o a las leyes de la República.
2. Que la sentencia se encuentre en firme de conformidad con las disposiciones del país extranjero.
3. Que en Colombia no se haya formulado acusación, ni sentencia ejecutoriada de los jueces nacionales, sobre los mismos hechos, salvo lo previsto en el numeral 1 del artículo 16 del Código Penal.
4. Que a falta de tratados públicos, el Estado requirente ofrezca reciprocidad en casos análogos”.

En cuanto al trámite de exequatur (art. 517 C.P.P.), la solicitud “deberá ser tramitada ante el Ministerio de Relaciones Exteriores. Este remitirá el asunto a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la que decidirá sobre la ejecución de la sentencia extranjera.

No se hará nuevo juzgamiento en Colombia, excepto lo dispuesto en el artículo 16 del Código Penal”.

En esos precisos términos se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, al considerar que “se desprende del citado precepto que en Colombia podrán ejecutarse providencias penales dictadas en el extranjero, siempre que se trate de (i) sentencias dictadas contra extranjeros o nacionales colombianos; (ii) la petición formal sea presentada por la autoridad extranjera y; (iii) la solicitud se formule por la vía diplomática (...) Sólo a partir de la petición formal que los representantes de la otra nación presenten ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia, podría iniciarse un procedimiento mixto, inicialmente administrativo y luego judicial”²⁵.

La Sala Segunda de Revisión ha indicado al respecto que “las sentencias dictadas por los jueces y tribunales extranjeros pueden ser ejecutadas en Colombia, siempre que de acuerdo con las formalidades de la ley procesal se tramite el correspondiente exequátur. Aun cuando bien puede el legislador darle eficacia a una sentencia de un país extranjero, sin necesidad de exequátur. La sentencia constitutiva del exequátur, es decir, de la autorización judicial

para darle efecto jurídico y asegurar el efectivo cumplimiento de las referidas sentencias, es resultado de un proceso judicial dentro del cual deben observarse las reglas propias del debido proceso desarrolladas por el legislador con arreglo al marco normativo superior que comprenden básicamente las siguientes fases: demanda en forma; admisión y traslado al demandado y demás intervinientes, contestación de la demanda, probatoria, de alegaciones y decisoria”²⁶.

También la Sala Plena ha ahondado en cuanto a la finalidad de este procedimiento de homologación. Al momento de ejercer el control previo y automático de constitucionalidad sobre el Tratado suscrito entre Colombia y Venezuela en materia de traslado de personas condenadas (Ley 250 de 1995), señaló lo siguiente:

“El exequátur es un mecanismo para la incorporación y ejecución de una sentencia extranjera en el territorio colombiano, todo dentro de la filosofía que impone la Cooperación de los diversos países en la lucha contra el delito, y de la vigencia del derecho interno en favor de todas las personas, principalmente en lo que hace a la inderogabilidad de los Derechos Constitucionales Fundamentales. El exequátur busca entonces proteger los derechos del condenado, por lo cual es un trámite de gran importancia en determinados caso. Sin embargo, su exclusión por el tratado no implica vicio de inconstitucionalidad, no sólo por cuanto el exequátur es un instituto de naturaleza legal y no constitucional sino, además, porque el tratado establece garantías a los derechos del condenado y reposa en la voluntariedad misma de los traslados. En tales condiciones, si es el propio condenado quien solicita o acepta su traslado al Estado receptor, la Corte considera que es un mecanismo razonable suprimir el trámite del exequátur a fin de dinamizar los procesos mismos de repatriación, objetivo mismo del tratado”²⁷.

1. LAS FACULTADES DISCRECIONALES EN EL TRASLADO DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

Esta Corporación ha analizado en diversas oportunidades el ejercicio de facultades discrecionales que disponen algunas autoridades públicas para el correcto funcionamiento del servicio. Como quiera que el caso sub examine involucra el ejercicio de una competencia discrecional que recae en la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de

Repatriación de Presos -accionada-, la Sala Octava de Revisión reiterará las reglas jurisprudenciales aplicables al uso de facultades discrecionales en el traslado interno de personas privadas de la libertad:

El Código Penitenciario y Carcelario colombiano, contenido en la Ley 65 de 1993, modificado parcialmente por la Ley 1709 de 2014, regula el traslado de personas privadas de la libertad y establece que la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, señalará la penitenciaría o establecimiento de rehabilitación donde el condenado o sindicado deberá cumplir la pena o medida de seguridad.

A su turno, el artículo 73 del régimen penitenciario y carcelario señala expresamente que compete a dicha Dirección disponer sobre el traslado de las personas privadas de la libertad, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 73. TRASLADO DE INTERNOS. Corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario disponer del traslado de los internos condenados de un establecimiento a otro, por decisión propia, motivada o por solicitud formulada ante ella”.

“ARTÍCULO 53. Modifícase el artículo 75 de la Ley 65 de 1993, el cual quedará así:

Artículo 75. Causales de traslado. Son causales del traslado, además de las consagradas en el Código de Procedimiento Penal, las siguientes:

1. Cuando así lo requiera el estado de salud del interno, debidamente comprobado por el médico legista.
2. Cuando sea necesario por razones de orden interno del establecimiento.
3. Cuando el Consejo de Disciplina lo apruebe, como estímulo a la buena conducta del interno.
4. Cuando sea necesario para descongestionar el establecimiento.
5. Cuando sea necesario por razones de seguridad del interno o de los otros internos.

PARÁGRAFO 1o. Si el traslado es solicitado por el funcionario de conocimiento indicará el motivo de este y el lugar a donde debe ser remitido el interno.

PARÁGRAFO 2o. Hecha la solicitud de traslado, el Director del Inpec resolverá teniendo en cuenta la disponibilidad de cupos y las condiciones de seguridad del establecimiento; y procurará que sea cercano al entorno familiar del condenado.

PARÁGRAFO 3o. La Dirección del Establecimiento Penitenciario informará de manera inmediata sobre la solicitud del traslado al familiar más cercano que el recluso hubiere designado o del que se tenga noticia”.

En adición, al momento de valorar la solicitud de traslado, el INPEC debe estudiar la cartilla biográfica, en la cual debe estar contenido el tiempo de trabajo, estudio, enseñanza, la calificación de disciplina, el estado de salud, otros traslados y toda aquella información que sea necesaria para asegurar el proceso de resocialización de la persona privada de la libertad. (Art. 54, L.1709/14). Para efectos del traslado, el INPEC debe integrar una junta asesora que formulará recomendaciones de traslados, de acuerdo a todos los aspectos socio jurídicos y de seguridad de los internos (Art. 78, L.65/93).

No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la Dirección del INPEC, al momento de conceder o negar el traslado de reclusos, no ostenta una facultad discrecional absoluta sino reglada. Así, ha sido reiterado por la Corte en las Sentencias C-394 de 1995, T-1168 de 2003, T-705 de 2009, T-428 de 2014, T-002 de 2014, T-127 de 2015, T-153 de 2017, entre otras.

En la Sentencia T-1168 de 2003, por ejemplo, la Corte indicó lo siguiente:

“...Así las cosas, si bien la facultad de trasladar a los internos es de carácter discrecional, la discrecionalidad aludida no es absoluta pues, tal como lo manifestó esta Corporación en la Sentencia C-394 de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, se trata de “un ejercicio razonable de la misión administrativa del Director del INPEC. Como es lógico, el INPEC debe garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos [...]”. Esa razonabilidad implica, desde luego, un juicio de ponderación y una ausencia de arbitrariedad, de donde, como lo aclaró la Corte en la sentencia citada, los traslados de los internos “deberán ajustarse a los límites establecidos en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo²⁸, para el ejercicio de atribuciones discrecionales”.

La Sentencia T-705 de 2009, reiteró nuevamente la Sentencia C-394 de 1995 y expuso que

“...el INPEC es el instituto al que se le ha encomendado la administración carcelaria y que, en tal virtud, legalmente le corresponde escoger un establecimiento que ofrezca adecuadas medidas de seguridad, para proteger a los internos y a la sociedad, debiendo resolver las ubicaciones en prisiones acordes con la naturaleza del delito o delitos cometidos y la pena impuesta, sin que lo anterior se entienda como una discrecionalidad radical, sino tan sólo de un margen razonable de acción, precisamente para que se cumplan la ley y la sentencia”.

En complemento de lo anterior, la Corte consideró en la Sentencia T-511 de 2009 “que el juez constitucional está facultado para evaluar la medida adoptada por la autoridad competente únicamente en aquellos casos en los que se trata de una decisión arbitraria, pues si la medida es razonable y proporcionada no puede sustituir la decisión discrecional de la autoridad carcelaria a quien la ley le otorga la facultad para evaluar las condiciones y circunstancias de seguridad, disciplina, orden e higiene en cada establecimiento penitenciario y carcelario”²⁹.

La Sentencia SU-917 de 2010, reafirmó que la facultad discrecional no puede ser absoluta y, por lo mismo, deben motivarse los actos administrativos que impliquen esta libertad:

“La discrecionalidad que excepcionalmente otorga la ley nunca es absoluta, con lo cual se evita que se confunda con la arbitrariedad y el capricho del funcionario. La discrecionalidad relativa atenúa entonces la exigencia de motivación de ciertos actos, aún cuando no libera al funcionario del deber de obrar conforme a los principios constitucionales y legales que rigen la función administrativa y podrían dar lugar a la nulidad de actos por desviación de poder o por las causales previstas en el artículo 84 del CCA.

(...)

El deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas

constitucional y legalmente”.

En ese mismo sentido, se pronunció la Sala Quinta de Revisión en la Sentencia T-319 de 2011, al establecer que el INPEC:

“(…) goza de discrecionalidad para decidir los traslados de los internos, siempre que no se pierdan de vista los fines de la norma y la proporcionalidad que debe existir entre el motivo o causa del traslado y la decisión de llevarlo a cabo, pues como es lógico dicho instituto debe garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos carcelarios y por ello debe adoptar discrecionalmente las medidas que juzgue pertinentes con tal finalidad, situación que impide en principio que el juez de tutela tome partido a favor de una opción como sería la de traslado de un preso, sin que ello signifique que no pueda intervenir para que sean tenidos en cuenta determinados derechos fundamentales omitidos en el estudio de una petición de traslado”

Recientemente, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional señaló que: “...El INPEC cuenta con la facultad de decidir acerca de los traslados de los internos entre los diferentes establecimientos carcelarios, atendiendo a criterios de seguridad, salubridad y dignidad humana. Sin embargo, dicha facultad es de carácter relativo y, por ende, las decisiones de traslado deben guardar proporcionalidad entre el estudio de la solicitud y la decisión y, bajo ningún motivo pueden transgredir garantías fundamentales, pues, de lo contrario, es procedente la intervención del juez de tutela en aras de restablecer los derechos conculcados por la autoridad carcelaria”³⁰.

Mutatis mutandis, observa la Sala Octava que las autoridades públicas investidas para decidir sobre las solicitudes de traslado de personas privadas de la libertad, provenientes de ciudadanos reclusos en Colombia (INPEC) o en el extranjero (Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos), gozan de facultades discrecionales regladas en tanto la libertad de acción con la que cuentan para asegurar el buen funcionamiento del sistema penitenciario está sujeta a un conjunto de parámetros legales y constitucionales que permiten controlar jurisdiccionalmente su ejercicio, con el fin de evitar que dicha potestad se transforme en un actuar arbitrario y contrario al principio de legalidad.

Por lo anterior, reitera la Sala que la facultad discrecional para conceder o negar traslados o repatriaciones no es absoluta sino reglada, lo cual quiere decir que la institución correspondiente no es completamente libre para decidir, habida cuenta de que el legislador ha asignado criterios que sujetan y controlan esta actuación administrativa. Por consiguiente, la decisión que resuelva la petición debe ser adecuada a los fines de estas normas mencionadas, así como razonable y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Al respecto, la Sentencia C-394 de 1995, al examinar la constitucionalidad de algunos artículos del Código Penitenciario y Carcelario, determinó que la facultad discrecional para ordenar traslados o decidir sobre solicitud de los mismos, debe entenderse en concordancia con el artículo 36 del anterior Código Contencioso Administrativo (actualmente artículo 44 de la Ley 1437 de 2011); es decir, que las decisiones discrecionales de la administración, deben ser adecuadas a los fines de la norma que las autoriza y proporcionales a su causa.

Dicho de otro modo, la discrecionalidad radicada en cabeza del INPEC y en la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos para trasladar o repatriar personas privadas de la libertad es relativa porque tal y como lo ha sostenido esta Corporación, no pueden existir facultades discrecionales y absolutas en un Estado de Derecho³¹. De conformidad con esto, en principio, tal discrecionalidad impediría que el juez de tutela “tome partido en favor de una opción, como sería la de traslado del preso. Pero, eso no quiere decir que no tenga competencia el Juez constitucional para ordenar que sean tenidos en cuenta determinados derechos fundamentales que al ser omitidos en el estudio de la petición de traslado obliga a protección por medio de acción de tutela”³²-subrayado fuera de texto-.

Sobre el carácter razonable y proporcional que debe contener la motivación de cualquier acto administrativo el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

En este sentido, el artículo 36 del C.C.A., consagra la regla general de la discrecionalidad y señala la proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa, que no es otra cosa que la acción del hecho causal sobre el efecto jurídico, la medida o razón que objetivamente debe existir entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión.

En armonía con las afirmaciones anotadas, la presunción de legalidad que ostenta la

generalidad de los actos discrecionales, se mantiene intacta ante la sede jurisdiccional en tanto la decisión esté precedida de supuestos de hecho reales, objetivos y ciertos, haciendo de esta forma operante el postulado consagrado en el artículo 36 del C.C.A”33.

En suma, frente a este tipo de discrecionalidad, la regla general para el juez de tutela ha sido a favor del respeto de la facultad, a menos que se demuestre que su ejercicio amenaza o vulnera los derechos constitucionales fundamentales en las personas privadas de la libertad o que la actuación ha sido arbitraria, irrazonable o desproporcionada.

Así las cosas, sólo de manera excepcional, en aquellos casos donde se observe una amenaza o violación objetiva de los derechos fundamentales del recluso por cuenta de una actuación administrativa de esas características el juez de tutela debe actuar. En los demás casos, como regla general, debe ser respetuoso con las competencias y facultades que el legislador les otorga a las autoridades nacionales en torno al traslado de la población colombiana privada de la libertad.

1. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA UNIDAD FAMILIAR Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR -REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA-34

Uno de los argumentos que generalmente invocan las personas privadas de la libertad para solicitar el traslado de su lugar de reclusión a otro destino es el derecho fundamental a la unidad familiar y el principio de interés superior del menor.

La Sala Octava considera pertinente mencionar esta jurisprudencia, precisando que el problema jurídico planteado por dicha línea tiene cierta conexidad con la controversia que ahora es objeto de revisión, pues aun cuando en este asunto no es el INPEC quien niega la solicitud de traslado, sí lo es el Estado Receptor alegando el ejercicio de la facultad discrecional y la existencia de unas causales específicas para acceder a la petición de un traslado, es decir, una facultad discrecional. Por tanto, la jurisprudencia en esta materia puede servir como criterio auxiliar e interpretativo para la resolución de un asunto novedoso sin precedentes directos.

En ese entendido, a continuación se expondrá la línea jurisprudencial que ha abordado la

tensión existente entre las solicitudes de traslado de personas privadas de la libertad al interior del país y el derecho fundamental a la unidad familiar:

Respecto de los niños, el artículo 44 constitucional estableció el derecho fundamental “a tener una familia y no ser separados de ella”. Así mismo consagró la norma constitucional que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Según la Observación General No. 14 del Comité de los Derechos del Niño el interés superior del niño es un derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y norma de procedimiento.

Debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional³⁵ por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”³⁶. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos.

Se trata de un principio que condiciona el actuar de todas las personas e instituciones estatales y privadas al momento de la toma de decisiones en las que puedan verse afectados los niños, niñas y adolescentes, ordenando valorar sus intereses como superiores³⁷. En otras palabras, es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los menores.³⁸

Bajo esta lógica es que la jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, “el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.”³⁹

El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño⁴⁰ (artículo 3.1), al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

El Comité de Derechos del Niño⁴¹, órgano de interpretación autorizado de la Convención en

menCIÓN, señaló en su Observación General No. 5 en relación con el párrafo 1° del artículo 3° respecto del principio del interés superior del niño que todas “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, deberán en sus decisiones atender este principio y velar porque con ellas no se afecten ni directa ni indirectamente los derechos o intereses del niño.⁴²

Reiteradamente esta Corte ha establecido que, en principio, el juez de tutela no debe interferir en las decisiones de traslado, por hacer parte de la función y misión de la autoridad competente (INPEC). Sin embargo, la Corte ha expresado que la permanencia de los reclusos en determinados penales no puede ser caprichosa ni arbitraria⁴³ –es decir, sin justificación o ajena a las causales establecidas por la ley y la jurisprudencia–, cuando están de por medio derechos fundamentales o principios constitucionales que no son susceptibles de limitación, incluso bajo condiciones de privación de la libertad.

Es así como, la Corte ha concedido el amparo de los derechos a la unidad familiar y en algunos casos de los derechos de los niños bajo el argumento de no existir en el Estado Social de Derecho decisiones completamente discrecionales, por lo cual, siempre deben ser justificadas⁴⁴. La Corte cuestiona que los motivos de la decisión se contraigan a la facultad discrecional y no se emita un pronunciamiento sobre las condiciones familiares del detenido, sobretodo tratándose de menores de edad en situaciones de vulnerabilidad probadas. Por ello, este Tribunal ha determinado que es arbitraria la decisión del INPEC de negar el traslado de presos basándose en que la unidad familiar no es una causal de traslado establecida en el Artículo 75 del Código Penitenciario y Carcelario.

Por otra parte, en providencias como la T-605 de 1997 y T-894 de 2007, se negó la protección de los derechos por considerar que la decisión discrecional del INPEC de trasladar a los reclusos, estuvo debidamente fundada en razones como el riesgo que representa para el orden, la seguridad interna y la integridad de los demás reclusos la estancia de una persona en ese penal; el hacinamiento en los establecimientos penitenciarios que amenaza la salubridad y la convivencia dentro de los mismos; y la necesidad de recluir al ciudadano infractor en una cárcel de mayor seguridad, en razón al delito cometido y la pena impuesta.

Así, jurisprudencialmente se considera que es arbitraria e injustificada la decisión en relación al traslado de los reclusos cuando, evidenciándose vulneraciones a derechos fundamentales no restringibles, se niega el traslado:

- (i) sin motivo expreso;
- (ii) bajo el único argumento de no ser la unidad familiar una causal establecida en el artículo 75 del Código Penitenciario y Carcelario;
- (iii) con base en la discrecionalidad que le otorga la normatividad, sin más argumentos.

Por el contrario, se observa que se ha considerado fundada la amplia facultad de apreciación de las causales de traslado, cuando la decisión se encuentra justificada en las siguientes razones:

- (i) Que el recluso requiera una cárcel de mayor seguridad;
- (ii) Por motivos de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios;
- (iii) Porque se considere necesario para conservar la seguridad y el orden público;

En conclusión, las decisiones que conciernen a traslados de reclusos en el derecho interno – sean solicitadas por el mismo recluso u ordenadas por el Director General del INPEC- que interfieran con la unidad familiar, deben estar justificadas en los criterios antedichos, determinados por la ley y la jurisprudencia, so pena de considerarse arbitrarias y desbordar la órbita de la discrecionalidad propia de las facultades de las directivas del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, lo que eventualmente ameritaría la intervención del juez de tutela.

Tal discrecionalidad, no se refiere estrictamente a la posibilidad de decidir sobre traslados sin justa causa, sino a que en la evaluación de tal situación, cuente con cierto nivel de apertura y flexibilidad que le permita ponderar criterios humanitarios como la unidad familiar u otros derechos de los reclusos y sus familias.

Con relación a la negativa por hacinamiento, la Sentencia T-274 de 2005 si bien avaló la negativa del traslado por hacinamiento en las cárceles cerca a la residencia de los familiares del recluso, no hizo un análisis especial de la unidad familiar en lo relacionado con los hijos del preso, desconociendo la reiterada jurisprudencia constitucional que, de manera excepcional, otorga una mayor fuerza a la unidad familiar cuando las extremas condiciones de vulnerabilidad y abandono de los menores involucrados (hijos de reclusos) ameritan la protección del derecho en virtud de garantizarles su bienestar y crecimiento armonioso.

Es el caso, por ejemplo, de un menor que se encontraba al cuidado de personas ajenas a su familia que aseguraban que no seguirían velando por él, con madre reclusa y padre ausente y que padecía trastornos emocionales, a quien se le concedió el derecho en la Sentencia T-319 de 2011; el asunto analizado en la Sentencia T-669 de 2012 en la cual se ordenó autorizar el traslado de un padre recluso a un establecimiento cerca a sus hijos de madre ausente y uno de los cuales padecía cáncer de paladar, al cuidado de una vecina y soportando una precaria situación económica que los mantenía en la indigencia.

La Sentencia T-127 de 2015 amparó el derecho fundamental a la unidad familiar de una madre, quien pretendía mediante acción de tutela que su hija fuera trasladada cerca al lugar de residencia ante la negativa del INPEC. Para la Sala Cuarta de Revisión, “si bien, conforme a la Ley 65 de 1993, el acercamiento familiar no es una causal de traslado penitenciario, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que ante especialísimas condiciones, el INPEC debe considerar, bajo criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, la situación específica en que se encuentra el interno y su núcleo familiar, con el fin de no desintegrarlo, aun cuando el derecho a la unidad familiar es una de las garantías que resulta limitada con ocasión de la reclusión en un establecimiento penitenciario”.

En reciente pronunciamiento, la Sentencia T-154 de 2017, pese a determinar la aplicación del fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, estimó en el fondo del asunto que se vulneró el derecho fundamental a la unidad familiar del accionante por cuanto la

unidad familiar “no puede limitarse de una forma desproporcionada o injustificada, dada la incidencia positiva que genera el contacto del interno con su familia durante su tratamiento penitenciario. De ahí, que las autoridades penitenciarias deben propender en todo lo que sea posible, que el recluso mantenga contacto con su grupo familiar, máxime si dentro del mismo existen hijos menores de edad, lo cual impone adicional esfuerzo en torno a la preservación de la unidad familiar”.

Ahora bien, en un asunto similar al de la referencia, la Sala Segunda de Revisión estudió un caso en el cual se atacaba una resolución por medio de la cual, el Ministerio de Justicia y del Derecho, negó el traslado al territorio colombiano de un ciudadano que se encontraba cumpliendo una condena por tráfico de drogas en la República de Panamá. Se pretendía, igualmente, ordenar el traslado a una cárcel en territorio colombiano donde sus hijos pudieran visitarlo.

En los términos de la Sentencia T-470 de 2015, sí se vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar, cuando la autoridad competente de autorizar la repatriación de un padre (Ministerio de Justicia y del Derecho), una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Tratado entre los países, niega el traslado basándose en razones de hacinamiento en las cárceles del país, e ignorando la situación de vulnerabilidad de la menor ante la ausencia de su papá y el fallecimiento de su madre.

En esa oportunidad, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional (unánime), decidió conceder el amparo del derecho fundamental a la unidad familiar de la menor de edad, y ordenó lo siguiente:

“SEGUNDO.- Ordenar al Ministerio de Justicia, que en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta sentencia, profiera una nueva decisión en el caso de la repatriación del señor Tulio Ibarguen, teniendo en cuenta las condiciones familiares del reo, especialmente la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra su menor hija, y coordinando con las autoridades competentes la ubicación del preso en un lugar cercano al lugar de habitación de sus hijos”.

De conformidad con lo anterior, el análisis de los derechos fundamentales, debe ser un criterio a valorar por la autoridad competente dentro de la órbita de discrecionalidad relativa que posee. La Corte Constitucional ha sido enfática en cuanto a que dicha potestad no puede

sobrepasar los límites de la proporcionalidad, necesidad y razonabilidad; tampoco anular el derecho fundamental a la unidad familiar y el principio del interés superior del menor por la privación de la libertad.

Por analogía, las decisiones que resuelvan solicitudes de repatriación: (i) no pueden escudarse en la discrecionalidad -relativa- que le otorga el ordenamiento jurídico; (ii) deben contener razones suficientes y ajustadas a la Constitución en su motivación y; (iii) valorar las circunstancias fácticas de cada caso en concreto, analizando, cuando a ello haya lugar, el principio de interés superior del menor y el derecho humano a la unidad familiar.

6. PROCEDENCIA DE SOLICITUDES DE REPATRIACIÓN DE CONCIUDADANOS COLOMBIANOS RECLUIDOS EN EL EXTERIOR Y LOS CONVENIOS BILATERALES SUSCRITOS POR COLOMBIA SOBRE LA MATERIA

El Decreto 2897 de 2011 “por el cual se determinan los objetivos, la estructura orgánica, las funciones del Ministerio de Justicia y del Derecho y se integra el Sector Administrativo de Justicia y del Derecho”, desarrolló las funciones de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, algunas de ellas se encuentran relacionadas con el proceso de repatriación:

“ARTÍCULO 7o. FUNCIONES DE LA OFICINA DE ASUNTOS INTERNACIONALES. Son funciones de la Oficina de Asuntos Internacionales, las siguientes: (...)

5. Ejercer la Secretaría Técnica del Comité de Repatriaciones de que trata el Decreto 2482 de 1994.

6. Hacer seguimiento a los acuerdos vigentes suscritos y/o ratificados por el Gobierno Nacional en materia de extradiciones y de repatriaciones.

(...)

8. Adelantar los trámites administrativos respectivos, para el desarrollo de las funciones de repatriación, extradición y asistencia judicial.

9. Estudiar, tramitar y proyectar, en coordinación con la Oficina Asesora Jurídica, para la firma del Ministro, los actos administrativos que conceden la repatriación a los colombianos.

(...)”.

Considerando la necesidad de contar con una orientación y coordinación superior sobre la conveniencia y procedencia de la aceptación de las solicitudes de repatriación, tanto de ciudadanos colombianos condenados y reclusos en el extranjero, como de extranjeros condenados y reclusos en Colombia, fue expedido el Decreto 4328 de 2011, “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos”.

Mediante el artículo 1° fue creada la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, la cual tiene como objetivos coordinar y orientar el estudio de las solicitudes de repatriación elevadas por los nacionales colombianos condenados y reclusos en el exterior, y por los extranjeros condenados y reclusos en Colombia, en virtud de los tratados suscritos y ratificados por el país.

En el artículo 2° se determina la integración de dicha Comisión Intersectorial:

- El Ministro de Relaciones Exteriores, quien podrá delegar su participación en el Director de Asuntos Migratorios, Consulares y de Servicio al Ciudadano.
- El Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho o su delegado, quien lo presidirá.
- El Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec) o su delegado...”.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos puede invitar a los funcionarios, representantes de las entidades, expertos y demás personas que estime conveniente para el cumplimiento de sus fines.

La función principal de la Comisión consiste en “estudiar y recomendar al Ministro de Justicia y del Derecho sobre la decisión a tomar frente a las solicitudes de repatriación que sean sometidas a su consideración por conducto de la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho, con fundamento en los instrumentos legales y en observancia de los tratados internacionales”.

Así las cosas, en la práctica, todas las solicitudes de repatriación son estudiadas previamente

por la Comisión dependiendo de la existencia de un convenio bilateral aplicable al caso concreto; de contar con este instrumento, la petición se resuelve de conformidad con las estipulaciones contenidas en el tratado, empero, ante la inexistencia de tratado entre las dos naciones, la Comisión Intersectorial recomienda al Ministro de Justicia y del Derecho, con fundamento en la aplicación de estrictas razones humanitarias, debidamente probadas y fundadas.

Los denominados criterios humanitarios fueron definidos por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, en sesión del 8 de abril de 2013 y redefinidos en sesión posterior del 18 de febrero de 2014, del siguiente modo:

1. Enfermedad grave del interno debidamente certificada por el médico legista de la autoridad competente del Estado trasladante.

1. Enfermedad grave, debidamente certificada por el centro hospitalario que brinda tratamiento al paciente, a sus padres, hijos, esposo o compañero permanente.

1. Edad avanzada (a partir de 65 años).

1. Estado de invalidez del interno, debidamente certificado.

Además de las anteriores razones humanitarias, la Comisión considera unas condiciones genéricas para el estudio de cualquier solicitud de traslado, a saber:

1. Que la condena no sea de prisión perpetua o pena de muerte, y que no contravenga las disposiciones nacionales.

1. Que el delito por el cual fue condenado, no sea de tipo político o militar.

1. Que el traslado sea aprobado por las autoridades del Estado en que se encuentre condenado.

1. Que la conducta por la cual fue condenado, también constituya delito en Colombia.

1. Que la sentencia que lo condenó se encuentre ejecutoriada, sin posibilidad de un recurso.

1. Que no existan procesos pendientes en el Estado en que fue condenado⁴⁵.

Convenios suscritos por el Estado colombiano en materia de repatriación:

Con la finalidad de describir la regulación en la política exterior del asunto objeto de discusión, es decir, los mecanismos de cooperación judicial internacional en materia de repatriación, la Sala expondrá los aspectos principales de los seis (6) convenios bilaterales que ha suscrito el Estado colombiano sobre el particular. En ese sentido, la Sala recopilará a grandes rasgos las condiciones de aplicabilidad de los mismos, los criterios para considerar una decisión de repatriación y el trámite o procedimiento a seguir, entre otros puntos relevantes.

1. Ecuador

La República de Colombia suscribió convenio con la República de Ecuador sobre “Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves”, el 18 de abril de

1990, en la ciudad de Esmeraldas, Ecuador.

En el Capítulo XXIV sobre “Regulaciones Comunes para el Tránsito Transfronterizo”, artículo 86, las partes convinieron el reconocimiento mutuo de las sentencias y la repatriación de los nacionales que hubieren sido sentenciados en la otra parte, con el fin de pagar su condena en su país de domicilio. También acordaron que “una vez iniciado el juicio, éste se sustancie ante los jueces nacionales del detenido, quien deberá ser puesto a órdenes de las autoridades nacionales competentes”.

En un reglamento posterior, suscrito en la ciudad de Quito, Ecuador, el 7 de abril de 1994, fue desarrollado el procedimiento y fijadas las excepciones a la repatriación.

Fueron excluidos los siguientes grupos: “1. Los nacionales de una Parte que sean residentes permanentes o inmigrantes en el territorio de la otra Parte; 2. Los sentenciados por un delito que no esté tipificado en la otra Parte; y, 3. Quienes tengan pendiente procesos penales o el pago de indemnizaciones de responsabilidad civil”.

Según el Artículo XI, se establecieron dos criterios generales para los traslados basados en el cumplimiento parcial de la pena y las razones de tipo humanitario, “Las Partes adoptaran conjuntamente los criterios para establecer un orden de preferencias, teniendo en cuenta que uno de los criterios que prevalecen es el que las personas hayan cumplido, al menos, el cincuenta por ciento de la pena, o cuando una de las Partes solicite el traslado por razones humanitarias”.

Se determinó que las autoridades nacionales competentes para dar cumplimiento a lo pactado son la Corte Suprema de Justicia en Ecuador y el Ministerio de Justicia y del Derecho en Colombia.

Finalmente, respecto del trámite o procedimiento se dispuso:

“1. Las autoridades nacionales competentes resolverán los pedidos de repatriación, caso por caso y en forma gradual. 2. Las autoridades nacionales competentes de una Parte dispondrán de noventa días, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, para pronunciarse sobre el pedido de repatriación. 3. La decisión soberana adoptada por las autoridades nacionales competentes de una Parte, de aceptar o denegar un traslado, será

notificada al peticionario y a las autoridades nacionales competentes de la otra Parte. 4. Siempre que no hubiese mediado solicitud del Estado receptor, este podrá aceptar o denegar discrecionalmente el traslado”.

La Corte Constitucional, en Sentencia C-504 de 1992 declaró exequible el Convenio celebrado entre la República de Colombia y la República del Ecuador sobre tránsito de personas, vehículos, embarcaciones fluviales y marítimas y aeronaves, al considerar que “dada la naturaleza de los asuntos a que se refiere el Convenio, éste constituye instrumento apto para desarrollar el objetivo de regular de una manera igualitaria, soberana y democrática el tránsito de personas y vehículos entre los pueblos hermanos de Ecuador y Colombia”.

1. Venezuela

Con el Estado venezolano, la República de Colombia pactó el Tratado “sobre traslado de personas condenadas”, suscrito en la ciudad de Caracas, el 12 de enero de 1994⁴⁶. Según este, las penas impuestas en la República de Venezuela a nacionales colombianos podrán ser cumplidas en la República de Colombia en establecimientos penitenciarios o bajo la supervisión de autoridades colombianas, y viceversa.

Con respecto a las condiciones de aplicabilidad del Tratado se establecieron las siguientes:

“ARTÍCULO 4o. CONDICIONES DE APLICABILIDAD. El presente Tratado se aplicará bajo las siguientes condiciones:

1. Que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan un delito de acuerdo con las normas del Estado Receptor.
2. Que la persona sentenciada sea nacional del Estado Receptor.
3. Que la persona sentenciada no esté condenada por un delito político o militar.
4. Que exista sentencia condenatoria y no hayan otros procesos pendientes en el Estado Trasladante.

5. Que las demás disposiciones de la sentencia, fuera de la privación de la libertad, pero incluidos las relativas a la responsabilidad civil, hayan sido satisfechas.

6. Que la decisión de trasladar personas para el cumplimiento de sentencias penales, se adopte caso por caso.

7. Que los Estados Trasladante y Receptor se comprometan a comunicar a la persona sentenciada las condiciones legales de su traslado, y que a su vez ésta manifieste el compromiso expreso de colaborar con la justicia del Estado Receptor.

8. Que la persona sentenciada solicite su traslado o en caso de que dicha solicitud provenga del Estado Trasladante o del Estado Receptor, la persona sentenciada manifieste su consentimiento expresamente y por escrito”.

Según este convenio cada Estado deberá considerar, entre otros: “(...) la gravedad de los delitos, sus características y especialmente si se han cometido con ayuda de una organización delictiva, las posibilidades de reinserción, la edad y salud del condenado, su situación familiar, su disposición a colaborar con la justicia y la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias respecto a las víctimas”⁴⁷ -negrita fuera de texto-.

Al realizarse el control constitucional del Tratado y su ley aprobatoria, la Corte Constitucional decidió su exequibilidad a través de Sentencia C-261 de 1996. En cuanto al traslado de personas condenadas a su país de origen, la Corte consideró que la repatriación conlleva la búsqueda de la resocialización de la pena, privilegiando la autonomía y la dignidad del ser humano, “puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario. Es perfectamente razonable suponer que la repatriación de los presos puede favorecer su resocialización y fomenta la cooperación judicial entre los dos países, por lo cual esta Corporación concluye que el objetivo del tratado, contenido en el Preámbulo del mismo, encuentra claro sustento constitucional”.

Adicionalmente, con respecto al exequatur dispuso su finalidad, destacando que si es el condenado quien solicita su traslado o acepta el traslado el Estado receptor, es razonable eliminar el trámite de exequatur para la eficacia de los derechos individuales y del proceso

mismo de repatriación:

“...El exequátur busca entonces proteger los derechos del condenado, por lo cual es un trámite de gran importancia en determinados casos. Sin embargo, su exclusión por el tratado no implica vicio de inconstitucionalidad, no sólo por cuanto el exequátur es un instituto de naturaleza legal y no constitucional sino, además, porque el tratado establece garantías a los derechos del condenado y reposa en la voluntariedad misma de los traslados. En tales condiciones, si es el propio condenado quien solicita o acepta su traslado al Estado receptor, la Corte considera que es un mecanismo razonable suprimir el trámite del exequátur a fin de dinamizar los procesos mismos de repatriación, objetivo mismo del tratado”.

1. España

Entre el Gobierno de la República de Colombia y el Reino de España fue celebrado un “Tratado de personas condenadas”, el 28 de abril de 1993 en la ciudad de Madrid, España.

Mediante Ley 285 de 1996 fue aprobado en la República de Colombia y, en virtud de la Sentencia C-655 de 1996, fue declarado exequible, salvo el numeral 3° del artículo tercero, que fue expulsado del ordenamiento jurídico⁴⁸.

En el artículo 4° se establecieron las siguientes condiciones de aplicabilidad del Tratado:

“ARTÍCULO 4o. CONDICIONES DE APLICABILIDAD. El presente Tratado se aplicará únicamente bajo las siguientes condiciones:

1. Que la persona sentenciada sea nacional del Estado Receptor.
2. Que la persona sentenciada solicite su traslado o en caso de que dicha solicitud provenga del Estado Trasladante o del Estado Receptor, la persona sentenciada manifiesta su consentimiento expresamente y por escrito.
4. Que la decisión de repatriar se adopte caso por caso.

5. Que los Estados Trasladante y Receptor se comprometan a comunicar a la persona sentenciada las consecuencias legales de su traslado.
6. Que la sentencia condenatoria sea firme y no existan otros procesos pendientes en el Estado Trasladante.
7. Que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan un delito de acuerdo con las normas del Estado Receptor”.

En el artículo 10° del Tratado con España se replican los criterios o bases para considerar el traslado por repatriación, a saber: “(...) la gravedad de los delitos, sus características y especialmente si se han cometido con ayuda de una organización delictiva, las posibilidades de reinserción, la edad y salud del condenado, su situación familiar, su disposición a colaborar con la Justicia y la satisfacción de las responsabilidades pecuniarias respecto a las víctimas”-subrayado fuera de texto-.

La Corte Constitucional anotó que la exclusión del exequatur no es inconstitucional, como quiera que fue una decisión soberana del legislador: “...y podía hacerlo, pues como quedó establecido esta es una figura que no tiene origen en la voluntad del Constituyente, sino que le corresponde imponer al legislador cuando lo crea procedente, siempre que la omisión, modificación o supresión de la misma no implique desmedro o vulneración de los derechos fundamentales de las personas afectadas, lo que no ocurre en el tratado cuyo contenido se analiza, pues a lo largo de su texto se encuentran disposiciones tendientes a protegerlos, que coinciden, en su esencia, con las dispuestas en los artículo 533 y 534 del C.P.P”.

1. Panamá

El 23 de febrero de 1994 fue suscrito en la ciudad de Medellín, Colombia el “Tratado sobre traslado de personas condenadas entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Panamá”.

Mediante Ley 291 de 1996, fue aprobado en el Parlamento colombiano, el cual, a su vez, fue declarado exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-656 del 28 de noviembre de 1996.

En el artículo 6° de este convenio se establecieron los siguientes requisitos a efectos de realizar el traslado de una persona condenada:

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS. Para efectos de realizar el traslado de una persona condenada se deben cumplir los siguientes requisitos:

1. Que la persona sea nacional del Estado Receptor.
2. Que tanto el Estado Trasladante como el Estado Receptor autoricen en cada caso el traslado.
3. Que la persona condenada solicite su traslado o en caso de que dicha solicitud provenga del Estado Trasladante o del Estado Receptor, ésta manifieste su consentimiento de manera expresa y por escrito. En caso de personas imputables se requerirá el consentimiento del representante legal autorizado.
4. Que las acciones u omisiones que hayan dado lugar a la condena constituyan un delito de acuerdo con las normas del Estado Receptor.
5. Que la persona no esté condenada por un delito político o militar.
6. Que exista sentencia condenatoria y no hayan otros procesos pendientes en el Estado Trasladante.
7. Que por lo menos la mitad de la pena impuesta ya se haya cumplido, o que la persona condenada se encuentre en grave estado de salud comprobada”.

Ahora bien, respecto a los criterios para tomar la decisión potestativa de cada Estado sobre el traslado, Panamá y Colombia consagraron los siguientes:

“ARTÍCULO 8o. CRITERIOS PARA LA DECISIÓN. Las decisiones de cada estado para aceptar o denegar el traslado serán soberanas y podrán tener en cuenta los siguientes criterios:

1. La decisión de trasladar personas para el cumplimiento de sentencias penales, se adoptará caso por caso.
3. Razones humanitarias como estado de salud del condenado, edad y su situación familiar

particular.

4. La disposición de la persona condenada a colaborar con la justicia del Estado Receptor.
5. Circunstancias agravantes o atenuantes de los delitos.
6. Las posibilidades de reinserción social de la persona condenada teniendo en cuenta entre otras la conducta del condenado durante el tiempo de reclusión”-negrilla fuera de texto-.

Frente a la constitucionalidad de este instrumento la Corte reiteró que la exclusión del exequatur no implica un vicio de inconstitucionalidad, “no sólo por cuanto el exequátur es un instituto de naturaleza legal y no constitucional sino, además, porque el tratado establece garantías a los derechos del condenado y reposa en la voluntariedad misma de los traslados”. Además, recalcó la función resocializadora de la repatriación en armonía con la autonomía de la persona y el principio de dignidad humana.

1. Costa Rica

Mediante la Ley 404 de 1997 fue aprobado el Tratado “sobre traslado de personas condenadas para ejecución de sentencias penales”, entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Costa Rica, suscrito en Santa Fe de Bogotá, D. C., el 15 de marzo de 1996.

En el artículo tercero de este acuerdo se establecieron las excepciones a la repatriación en los siguientes términos:

“ARTÍCULO III. EXCEPCIONES.

No podrán acogerse a los beneficios del traslado de personas condenadas:

1. Los nacionales de una Parte que sean residentes permanentes en el territorio de la otra Parte.
2. Los sentenciados por un delito que no esté tipificado en ambas Partes.

3. Quienes tengan pendiente en el Estado trasladante otros procesos penales.
4. Quienes tengan pendiente en el Estado Trasladante el pago de indemnizaciones por responsabilidad civil, a no ser, que el solicitante demuestre la absoluta incapacidad de cumplir con el pago de la sanción impuesta por motivos de pobreza.
5. Las personas condenadas respecto de las cuales exista una solicitud de extradición hecha por un tercer Estado, que se encuentre en trámite o que haya sido acordada...”.

En el artículo cuarto se fijaron los requisitos obligatorios para considerar una solicitud de traslado, a saber:

“ARTÍCULO IV. REQUISITOS.

Las solicitudes presentadas por nacionales de una de las Partes para ser trasladados al país de su nacionalidad deberán ser formuladas por el condenado o por su representante legal, ante la Autoridad Central del Estado Trasladante con el lleno de los siguientes requisitos:

1. Que la persona condenada sea nacional del Estado Receptor.
2. Que la persona condenada solicite expresamente su traslado por escrito.
3. Que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena no sean de tipo político.
4. Que la condena a cumplirse no sea la pena de muerte.
5. Que la sentencia mediante la cual se impuso la sanción en ejecución se encuentre en firme, y que no exista, aparte de lo anterior, causa legal alguna que impida la salida del sentenciado del territorio nacional.
6. Que al momento de presentar la solicitud de traslado, la persona condenada demuestre por lo menos el cumplimiento del 50% de la pena impuesta, a menos, de que se trate del caso establecido en el numeral 3 del artículo séptimo.
7. Que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado Receptor.

El cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Tratado, no implica para los Estados la obligación de conceder el traslado”.

Finalmente, el artículo séptimo se instituyó los siguientes criterios para tomar una decisión acerca del traslado:

“ARTÍCULO VII. CRITERIOS.

De conformidad con el artículo cuatro del presente Tratado, las Partes tendrán en cuenta al tomar la decisión de conceder o denegar el traslado, entre otros, los siguientes criterios:

1. La decisión de trasladar personas para el cumplimiento de sentencias penales se realizará gradualmente para lo cual se adoptará el estudio de caso por caso.
2. Las Partes prestarán especial atención a las personas condenadas a quienes se haya comprobado plenamente que sufren una enfermedad que se encuentra en su fase terminal o sean de edad muy avanzada.
3. Circunstancias agravantes y atenuantes de los delitos.
4. Las posibilidades de reinserción social de la persona condenada, teniendo en cuenta, entre otras, la conducta del condenado durante el tiempo de reclusión”.

1. Cuba

A través de la Ley 597 de 2000 se aprobó el Tratado “sobre traslado de personas condenadas” entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Cuba, el cual fue firmado en La Habana, Cuba, el catorce (14) de enero de 1999.

En el artículo tercero se establecieron las excepciones del tratado:

“ARTÍCULO III. EXCEPCIONES. No podrán acogerse a los beneficios del traslado de personas condenadas:

1. Los nacionales de una Parte que sean residentes permanentes en el territorio de la otra

Parte.

2. Los sentenciados por un delito que no esté tipificado, en la legislación de ambas Partes.
3. Quienes tengan pendiente en el Estado Trasladante otros procesos penales.
4. Quienes tengan pendiente en el Estado Trasladante el pago de indemnizaciones por responsabilidad civil, a no ser, que el solicitante demuestre la absoluta incapacidad de cumplir con el pago de la sanción impuesta por motivos de pobreza.
5. Las personas condenadas respecto de las cuales exista una solicitud de extradición hecha por un tercer Estado, que se encuentre en trámite o que haya sido acordada.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos precedentes, las personas condenadas a quienes se les hubiere negado el traslado, podrán presentar una nueva solicitud ante la autoridad que emitió dicha decisión, siempre y cuando no persistan las causales de denegación y se cumpla con el lleno de los requisitos establecidos para tal fin”.

En el artículo cuarto se fijaron los requisitos obligatorios para considerar una solicitud de traslado, a saber:

“ARTÍCULO IV. REQUISITOS.

1. Las solicitudes presentadas por nacionales de una de las Partes para ser trasladados al país de su nacionalidad deberán ser formuladas por la persona condenada o por su representante legal, ante la Autoridad Central del Estado Trasladante con el lleno de los siguientes requisitos:

- a) Que la persona condenada sea nacional del Estado Receptor;
- b) Que la persona condenada o, en el caso de los inimputables, su representante legal, solicite expresamente su traslado por escrito;
- c) Que los actos u omisiones que hayan dado lugar a la condena no sean de tipo político;
- d) Que la condena a cumplirse no sea pena de muerte;

e) Que la sentencia mediante la cual se impuso la sanción en ejecución se encuentre en firme, y que no exista, aparte de lo anterior, causa legal alguna que impida la salida del sentenciado del territorio nacional;

f) Que la aplicación de la sentencia no sea contraria al ordenamiento jurídico interno del Estado Receptor.

2. El cumplimiento de los requisitos establecidos en el presente Tratado, no implica para los Estados la obligación de conceder el traslado”.

Finalmente, el artículo séptimo fijó los criterios de los Estados para tomar una decisión acerca del traslado:

“ARTÍCULO VII. CRITERIOS. De conformidad con el artículo IV del presente Tratado, las Partes para tomar la decisión de conceder o denegar el traslado de personas para el cumplimiento de sentencias penales, procederán al estudio caso por caso de las solicitudes presentadas y tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. La decisión de conceder traslados se realizará gradualmente.

2. Las Partes prestarán especial atención a las personas condenadas a quienes se haya comprobado plenamente que sufren una enfermedad que se encuentra en su fase terminal o sean de avanzada edad.

3. Se valorarán las circunstancias agravantes o atenuantes concurrentes en el hecho.

5. Se analizará cualquier otra circunstancia que por su trascendencia interese ser considerada a los efectos pertinentes”.

La revisión de constitucionalidad de este tratado tuvo lugar con la Sentencia C-012 de 2001, en la cual se resolvió declarar exequible la Ley 597 de 2000. No obstante, al abordarse el artículo 7°, sobre la decisión de conceder o negar el traslado con base en la gradualidad, la Corte ponderó los criterios de repatriación con la situación de las personas privadas de la libertad en Colombia, a partir de la T-153 de 1998:

“...en abstracto, dado que está demostrado que en los centros de reclusión colombianos se

brinda un trato degradante a los reclusos, en particular, por razones de hacinamiento, la decisión legislativa de permitir la repatriación en los términos del presente tratado, implica imponer a las personas privadas de la libertad en Colombia la carga de tener que compartir su inhumano espacio con más reclusos. Supone un aumento en el grado de hacinamiento. Tal medida no es eficaz, no está dirigida a garantizar un trato digno y a respetar los derechos constitucionales de los reclusos en Colombia, razones por las cuales viola sus derechos fundamentales. (...)

Por lo tanto, la declaración de exequibilidad de la ley aprobatoria del tratado y del tratado se sujeta a que la gradualidad de que trata el artículo 7, se entienda en el sentido de que únicamente se podrán repatriar nacionales una vez el Estado colombiano haya dado cumplimiento a la sentencia T-153 de 1998 y previa verificación por parte del señor Defensor del Pueblo. Lo anterior, sin perjuicio de que, por razones humanitarias, se conceda la repatriación de personas en fase terminal de una enfermedad, en cuyo caso deberán ser internadas en un establecimiento médico a cargo de la Nación”.

Del anterior recuento de la normatividad colombiana sobre la materia, que refleja la política internacional del Estado colombiano en materia de repatriación de personas condenadas en el exterior, concluye la Sala que la situación familiar particular de dichos individuos ha sido considerada por Colombia como un criterio humanitario válido, según se desprende de los convenios internacionales suscritos con Venezuela, España y Panamá.

1. CASO CONCRETO

En primer término, procede la Sala Octava a determinar la procedencia genérica de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con el artículo 86 y la jurisprudencia constitucional:

6.1. Examen formal de procedibilidad

* Legitimación por activa

La acción de tutela fue promovida por Iván Darío Gutiérrez Rojas, en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz, a través de la Defensoría del Pueblo⁴⁹.

De conformidad con lo establecido en el Artículo 282.3 constitucional y el Artículo 46 del Decreto 2591 de 1991⁵⁰, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la constitución política”, el Defensor del Pueblo se encuentra legitimado en la causa activa para interponer acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite, como ocurrió en este caso a través de acto de delegación al Defensor Delegado para la Política Criminal y Penitenciaria.

En consecuencia, para la Sala Octava de Revisión se satisface el cumplimiento del requisito de legitimación por activa, visto que: (i) el 7 de diciembre de 2016, el accionante le solicitó a la Defensoría del Pueblo la interposición de la acción de tutela en su nombre y; (ii) que esta entidad dentro de sus facultades constitucionales tiene la atribución de “interponer las acciones de tutela...”⁵¹.

* Legitimación por pasiva

La Sala observa que inicialmente fueron accionadas la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos⁵² y el Ministerio de Justicia y del Derecho, órganos con competencia legal y reglamentaria para recomendar y decidir sobre las solicitudes de repatriación que realizan colombianos privados de la libertad en el exterior.

Mediante Auto del 8 de febrero de 2017, por conducto del Magistrado Sustanciador en primera instancia⁵³, perteneciente al Tribunal Superior de Bogotá D.C., vinculó oficiosamente al Consulado de Colombia en Hong Kong, al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria y a la Oficina de Asuntos Internacionales de la Defensoría del Pueblo.

Todas las anteriores entidades públicas guardan relación con el caso objeto de estudio que versa sobre la solicitud de repatriación de un ciudadano colombiano recluido en la cárcel de

máxima seguridad Shek Pik, ubicada en Stanley, Hong Kong. En tal virtud, en este asunto se encuentra involucrado el interés de un nacional y la política exterior colombiana, competencias resguardadas al Consulado de Colombia en Hong Kong, la Cancillería y la Defensoría del Pueblo.

Además, el INPEC tiene dentro de su misión y visión institucional funciones relacionadas con el caso en concreto, motivo por el cual, todas las entidades vinculadas por el juez de instancia se encuentran válidamente legitimadas en la causa por pasiva, en la medida que directa o indirectamente pueden proveer una respuesta a la demanda propuesta.

* Inmediatez

En cuanto al estudio de este requisito se observa su acatamiento, como quiera que la petición dirigida a la Defensoría del Pueblo para que interpusiera acción de tutela en su nombre tiene fecha del 7 de diciembre de 2016, mientras la Resolución número 0566 del Ministerio del Interior y de Justicia que negó, por segunda vez, el traslado del accionante data del 12 de agosto de 2016.

Dicha decisión fue notificada personalmente a Iván Darío Gutiérrez Rojas el 29 de agosto de 2016, por conducto del Consulado de Colombia en Hong Kong. En consecuencia, se resalta la inmediatez del amparo al comprobarse que entre la presunta vulneración de los derechos fundamentales -notificada el 29 de agosto de 2016-, y la petición de presentación de la acción de tutela -7 de diciembre de 2016-, transcurrieron menos de 4 meses.

* Subsidiariedad

El Tribunal Superior de Bogotá D.C. -Sala de Decisión de Tutela-, en sentencia del 21 de febrero de 2017, declaró improcedente la acción de tutela formulada por Iván Darío Gutiérrez Rojas a través de la Defensoría del Pueblo, al considerar que las resoluciones cuestionadas del Ministerio de Justicia y del Derecho por recomendación de la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, son verdaderos actos administrativos de carácter particular cuya legalidad se presume.

Teniendo en cuenta ello, para el a quo, “resulta indiscutible que se está ante una problemática que debe ser dirimida en un escenario que no corresponde al constitucional, pues el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, esto es, la vía contencioso administrativo -acción de nulidad y restablecimiento del derecho-, escenario donde podrá controvertir y cuestionar las determinaciones que negaron su repatriación”.

En adición, dicho Tribunal indicó que el accionante cuenta con la posibilidad, dentro del proceso contencioso administrativo, de solicitar la adopción de medidas cautelares conforme con los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011. También de presentar una nueva solicitud de repatriación ante las autoridades competentes.

Para la Sala Octava, el análisis del juez de primera y única instancia es acertado en la medida que expone el medio de control dispuesto en la jurisdicción contenciosa administrativa para atacar las resoluciones número 060754 y 056655 de 12 de agosto de 2015 y 12 de agosto de 2016, respectivamente, a través de las cuales el Ministerio de Justicia y del Derecho resolvió negar el traslado al territorio colombiano solicitado por el accionante.

No obstante, la Sala no comparte el resultado final del anterior análisis sobre subsidiariedad y residualidad del amparo por diversos argumentos que pasan a exponerse a continuación:

Contra la primera Resolución número 0607 del 12 de agosto de 2015, el accionante fue diligente al interponer recurso de reposición el día 3 de septiembre de 2015, el cual fue negado mediante resolución número 0831 del 22 de octubre de 2015, proferida por el Ministro de Justicia y del Derecho.

En lo que respecta a la segunda Resolución número 0566 del 12 de agosto de 2016, le fue notificada personalmente al accionante por conducto del Cónsul de Colombia en Hong Kong el día 29 de agosto de 2016. Asimismo, se le hizo saber que procedía el recurso de reposición dentro de los 10 días siguientes a la notificación.

No obstante, frente a la misma no se interpuso dicho recurso y quedó en firme al no ser impugnada⁵⁶, aun cuando el 18 de febrero de 2016 y el 29 de agosto de 2016 el accionante

se lo solicitó expresamente a la Defensoría del Pueblo⁵⁷.

De lo anterior, es palmario que el actor ha sido diligente procesalmente al agotar la vía administrativa hasta el alcance de sus posibilidades, formulando directamente el recurso de reposición contra la resolución número 0607 del 12 de agosto de 2015, y solicitando ante la Defensoría del Pueblo la interposición del recurso de reposición contra la resolución número 0566 del 12 de agosto de 2016.

Para la Sala el agotamiento de este recurso de carácter administrativo no es necesario en el análisis de procedibilidad de la acción de tutela de la referencia, al menos, por los siguientes motivos: (i) Según el artículo 86 constitucional la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial...”; (ii) El artículo 9° del Decreto 2591 de 1991 regula el agotamiento opcional de la “vía gubernativa” para presentar la solicitud de amparo⁵⁸; (iii) en consonancia con lo anterior, los precedentes de la Corte Constitucional han interpretado que la subsidiariedad de la acción de tutela no implica el análisis de medios administrativos sino judiciales; (iv) la competencia de la Defensoría del Pueblo no exige concurrir de manera necesaria y obligatoria ante todas las solicitudes de los ciudadanos tendientes a la interposición de recursos en sede administrativa⁵⁹ y; (v) la interposición del recurso de reposición o, mejor, reabrir dicho término por parte de la Sala no garantiza la efectividad de los derechos fundamentales en este caso concreto, visto lo ocurrido en la primera solicitud de repatriación y la probabilidad de que el mismo sea confirmado.

Ahora bien, a la fecha han transcurrido más de 4 meses desde la publicación, notificación o comunicación de los actos administrativos mencionados, proferidos por el Ministerio de Justicia y del Derecho, que negaron la solicitud de repatriación del ciudadano Iván Darío Gutiérrez Rojas. En tal virtud, observa la Sala Octava que el juez a quo omitió analizar que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sugerido es actualmente inexistente.

Sea la oportunidad para precisar que, en este asunto, la acción de tutela no está formulada para revivir términos legales o etapas procesales vencidas, sino para valorar la vulneración real de los derechos fundamentales de una persona privada de la libertad en el exterior y el principio de interés superior de sus hijos menores de edad.

1. Para la Corte, la situación fáctica del accionante y su estado de reclusión en el exterior le impide acceder, en condiciones normales, a la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir dichos actos administrativos en oportunidad.

Probado está que el señor Gutiérrez Rojas se encuentra privado de la libertad desde el 26 de julio de 2012, cumpliendo una pena de prisión de 14 años en la cárcel de Shek Pik, ubicada en la Región Administrativa Especial de la República Popular de China, por el delito de traficar con una droga peligrosa en cantidad de 600 gramos de cocaína. Así mismo, en el expediente se constata que el accionante tiene dos hijos menores de edad, Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz.

De lo anterior, la Corte valora dos condiciones particulares que refuerzan en este caso la procedencia principal de la acción de tutela dada la carga desproporcionada que implicaría exigirle al actor acudir al medio de control, a saber: (i) la especial protección constitucional⁶⁰ que merecen sus hijos, los menores de edad Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz, para acceder por sus propios medios a la administración pública o a la jurisdicción contencioso administrativa, por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”⁶¹ y; (ii) la privación de la libertad del actor en una cárcel en Stanley, Hong Kong, que refleja la compleja situación de especial sujeción extraterritorial que padece, la cual le impide interponer en oportunidad debida un recurso ordinario que vence en el corto plazo (4 meses), teniendo en cuenta el término de la distancia y la necesidad de apoderado judicial para este trámite.

En los casos en que se solicita traslado de penal se ha aceptado por parte de la jurisprudencia constitucional la utilización de la acción de tutela, pues se trata de personas privadas de la libertad, que tienen limitadas sus actuaciones debido a su particular situación, así lo ha dispuesto el precedente, reiterado en la Sentencia T-950/03:

“...tales personas no son dueñas de su propio tiempo y están sujetos a restricciones normativas -privación de la libertad y sometimiento a las reglas de cada centro penitenciario o de detención- y fácticas, más allá de la simple privación de la libertad, que disminuyen su aptitud para actuar o responder de manera diligente ante demandas o situaciones que ocurren, dentro y fuera del penal”.

Si bien, el accionante ha mostrado en este caso diligencia procesal al interponer sendos

derechos de petición, acción de tutela, así como el recurso de impugnación, la segunda condición descrita anteriormente revela que el especialísimo estado de sujeción de Iván Darío Gutiérrez Rojas con la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China lo somete a un conjunto de condiciones que suponen la suspensión y restricción adicional de ciertos derechos fundamentales universales, como la libertad de locomoción, así como el acceso a la justicia en su país de origen.

Profundizando la problemática propuesta, se avizora que incluso suponiendo la existencia y oportunidad del mecanismo descrito -de nulidad y restablecimiento del derecho-, según el testimonio de su compañera permanente, se encontrarían también demostrados en el caso concreto los requisitos para configurar un perjuicio irremediable, lo cual haría procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio contra actos administrativos. Sin embargo, al no existir actualmente medio ordinario de defensa judicial y existir urgencia, celeridad y eficacia en la protección de los derechos fundamentales la Sala decidirá definitivamente la controversia.

1. Finalmente, si bien podría invocarse la eventual procedencia de la acción de nulidad simple, esta expresamente dispone que sólo procede el medio de control cuando se acusan actos administrativos de carácter general.

En adición, en este caso es improcedente la nulidad simple de los actos administrativos de carácter particular -teoría de los móviles y finalidades- debido a que no se encuadra en alguna de las siguientes causales establecidas en el Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, a saber: i) con la demanda no se persiga o de la sentencia que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo, ii) se trate de recuperar bienes de uso público; iii) los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico: iv) la ley lo consagre expresamente⁶².

En todo caso, de la demanda se desprende que se persigue el restablecimiento automático y particular del derecho con el fin de concederse el traslado por repatriación humanitaria del accionante, por lo que el medio de control procedente, según sus intereses, es el de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual, como ya se anotó, no es medio de control actual por cuanto se encuentra vencido, sin mediar la negligencia del actor sino una situación especial

de sujeción en el exterior.

En suma, para la Sala Octava de Revisión la acción de tutela formulada por conducto de la Defensoría del Pueblo es el mecanismo adecuado, idóneo y eficaz de protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante y sus hijos menores de edad, teniendo en cuenta que por el transcurso del plazo establecido en el artículo 138 del CPACA, este núcleo familiar no tiene un medio de defensa judicial efectivo a su alcance. Además, en el presente asunto la reclamación involucra la inclusión de causales que no están previstas en el ordenamiento legal taxativo (la unidad familiar como causal para admitir la repatriación), por lo tanto el mecanismo procedente es la tutela.

* Relevancia constitucional

Este caso guarda una alta relevancia constitucional, en la medida que implica un control concreto de constitucionalidad novedoso en la jurisprudencia constitucional en relación con los procesos administrativos de repatriación de personas privadas de la libertad en el exterior.

En ese orden, resulta relevante desde la vista constitucional determinar la debida aplicación de criterios humanitarios -razonables y proporcionales- por parte de autoridades nacionales en el estudio de solicitudes de repatriación que adelanta Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos y el Ministerio de Justicia y del Derecho. Así mismo, es trascendental resolver la vulneración de derechos fundamentales en el caso concreto toda vez que cuenta con probables afectaciones a la unidad familiar y al principio de interés superior del menor.

1. Examen material

Una vez superados los prerequisites de procedibilidad que cumple la acción de tutela de la referencia, pasa la Sala Octava de Revisión a resolver la controversia de fondo en los siguientes términos:

En este caso, el señor Iván Darío Gutiérrez Rojas, en nombre propio y como representante de sus hijos menores de edad Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz, interpone acción de tutela, por intermedio de la Defensoría del Pueblo, por la presunta violación de los derechos fundamentales a la vida digna, al debido proceso, a la unidad familiar, al interés superior del menor y de petición, ante la negativa a su traslado a Colombia en su condición de connacional privado de la libertad en Hong Kong.

Sea lo primero advertir que la Sala no observa en el caso concreto violación alguna, por parte de las entidades accionadas o vinculadas, respecto a los derechos fundamentales al debido proceso y el derecho de petición.

Como puede apreciarse del expediente, el señor Gutiérrez Rojas ha interpuesto sendos derechos de petición, incluido el dirigido a la Defensoría del Pueblo para la efectiva interposición de esta acción constitucional objeto de revisión:

Así, entre otras, se observan las siguientes contestaciones frente a diversas peticiones formuladas por el actor: (i) circular “para los colombianos condenados en Hong Kong”, de fecha 20 de noviembre de 2014, dirigida al accionante por parte del Consulado de Colombia en Hong Kong; (ii) resolución No. 0607 del 12 de agosto de 2015 mediante la cual el Ministro de Justicia y del Derecho niega el traslado a la República de Colombia del accionante con fundamento en recomendación de la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos; (iii) resolución No. 0831 del 22 de octubre de 2015, mediante la cual el Ministro de Justicia y del Derecho confirma la antedicha resolución, previa interposición del recurso de reposición por parte del tutelante; (iv) respuesta allegada por el Defensor Delegado para la Política Criminal y Penitenciaria que remite al actor el Consulado de Colombia en Hong Kong el día 5 de enero de 2016, referente a su petición de fecha 21 de diciembre de 2015; (v) respuesta del Secretario General de UNASUR del 4 de abril de 2016, ante petición enviada desde Hong Kong a Quito el 28 de diciembre de 2015; (vi) respuesta dirigida al accionante del Coordinador del Grupo Jurídico de la Presidencia del Senado de la República de Colombia de fecha 5 de abril de 2016, quien a su vez, remitió copia del escrito suscrito por Iván Darío Gutiérrez Rojas al Viceministro de Política Criminal y Justicia Restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho y a la Ministra de Relaciones Exteriores; (vii) respuesta entregada por la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho en relación con la solicitud que elevó la Defensoría del Pueblo con ocasión del

traslado solicitado, la cual remite el Consulado de Colombia en Hong Kong al señor Gutiérrez Rojas; (viii) comunicación de recibido por parte del Consulado de Colombia en Hong Kong frente a la documentación correspondiente a la aplicación de traslado de personas sentenciadas por parte de la Secretaría de Seguridad de Hong Kong; (ix) comunicación de 7 de octubre de 2016 en la que el Consulado de Colombia en Hong Kong informa al accionante que la Resolución 0566 de 2016 del Ministerio de Justicia y del Derecho quedó en firme al no interponerse recurso de reposición; (x) respuestas del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 26 de febrero de 2016 y 14 de agosto de 2015 a dos derechos de petición presentados por el actor; (xi) Resolución 566 del 12 de agosto de 2016 mediante la cual el Ministro de Justicia y del Derecho niega la segunda solicitud de traslado.

Nótese como diversas entidades del orden nacional, en el marco de sus competencias, han dado respuesta oportuna y de fondo o remitido a autoridad competente, todas y cada una de las peticiones que ha elevado el accionante de manera insistente para lograr su traslado por repatriación, en cumplimiento de la Ley 1755 de 2015, aun cuando muchas de ellas fueron reiterativas.

De lo anterior, concluye la Sala que todos los derechos de petición han tenido una pronta respuesta, ponderando la ubicación del accionante y el término de la distancia según su lugar de reclusión. Además, las respuestas que se han brindado son de fondo, precisándose al actor que, según la jurisprudencia constitucional, “la respuesta no implica aceptación de lo solicitado”⁶³.

Frente a la presunta vulneración al derecho fundamental al debido proceso es palmario que el tutelante ha podido acceder a todas las autoridades administrativas y judiciales que ha querido, sin obstrucción alguna, obteniendo de las primeras -entidades accionadas-, decisiones motivadas desfavorables en relación con sus peticiones y solicitudes de repatriación.

Además, se evidencia que le fue concedido el derecho a impugnar dos actos administrativos por medio del recurso de reposición, resaltándose que contra la resolución no. 566 del 12 de agosto de 2016 la Defensoría del Pueblo rechazó su presentación.

De ahí que las oportunidades procesales y actuaciones administrativas surtidas en su caso

han resguardado el acceso a la administración, así como su derecho de defensa y contradicción, como núcleo del derecho fundamental al debido proceso, tanto más cuanto que el señor Gutiérrez Rojas pudo emplear, sin dilaciones injustificadas, todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y atendido por diversas autoridades y poderes públicos, con el fin de obtener una decisión favorable, hasta el punto que su acción de tutela fue objeto de revisión por la Corte Constitucional.

De esta manera, no es de recibo para la Sala la presunta vulneración al debido proceso, por cuanto su argumentación se funda en desacuerdos con decisiones administrativas y judiciales que le han sido contrarias a sus intereses. En concreto, el actor ataca vía tutela las decisiones del Comité Intersectorial que no han recomendado su traslado por repatriación ante el Ministro de Justicia y del Derecho, “al no realizar una aplicación del principio de reciprocidad”, ni valorar otros criterios humanitarios, circunstancia que per se no vulnera el debido proceso constitucional, en tanto las entidades accionadas no tienen la obligación legal ni reglamentaria de resolver favorablemente la solicitud de repatriación con fundamento en los criterios que endilga el actor.

Adicionalmente, en el escrito de tutela tampoco se invoca algún defecto o causal específica de procedibilidad en contra de las mencionadas decisiones administrativas.

Según el precedente jurisprudencial, “para que se configure una vía de hecho administrativa, se requiere que al igual que en la vía de hecho judicial, se materialice alguna de las causales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, puesto que si bien se trata de escenarios diferentes, tales supuestos describen las formas más usuales de afectación del derecho al debido proceso”⁶⁴.

En consecuencia, al no fundarse la violación al debido proceso en dichas causales de procedencia que han servido como instrumento para determinar si los defectos son comprobados en la actuación administrativa bajo análisis, no se conculca el derecho al debido proceso⁶⁵.

No obstante lo anterior, la Sala considera crucial para solucionar el caso, el estudio restante de la vulneración del derecho fundamental a la unidad familiar y del principio de interés superior de los menores.

En primer lugar, antes de verificar la vulneración, resalta la Sala el cumplimiento del accionante de las condiciones genéricas de repatriación que analiza la Comisión y el Ministerio de Justicia y del Derecho al valorar tales las solicitudes, veamos:

1. La condena que le fue impuesta a Iván Darío Gutiérrez Rojas por “tráfico con una droga peligrosa”⁶⁶, no es de prisión perpetua o pena de muerte, debido a que le fue impuesta una condena de 14 años de prisión mediante sentencia del 18 de marzo de 2013.

1. El delito por el cual fue condenado, no es de tipo político o militar; atenta contra la salud pública y la vida.

1. El traslado fue solicitado por el accionante y aprobado por las autoridades de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China, lugar en el cual se encuentra condenado, según se lee de la comunicación enviada al Consulado de Colombia en Hong Kong por parte del Secretario de Seguridad de Hong Kong⁶⁷.

1. La conducta por la cual fue condenado, también constituye delito en Colombia, enmarcado en el título XIII “de los delitos contra la salud pública”, y se encuentra contemplado en el Artículo 376 del Código Penal colombiano con el título de “tráfico, fabricación o porte de estupefacientes”⁶⁸.

1. La sentencia que lo condenó de fecha 18 de marzo de 2013, se encuentra ejecutoriada, sin posibilidad de un recurso como quiera que Iván Darío Gutiérrez “no presentó solicitud de apelación contra la condena o sentencia”⁶⁹.

1. No existen procesos pendientes en la Región Administrativa Especial de Hong Kong contra el accionante, una de la razones por las cuales dicha Región accede unilateralmente al traslado.

En adición a lo anterior, el Superintendente Jefe de la Prisión de Stanley, Hong Kong, certificó que Iván Darío Gutiérrez Rojas “no ha incurrido en ninguna ofensa disciplinaria” (...) “Desde el momento de su admisión, fue asignado para trabajar en el taller de confecciones. Actualmente trabaja en el taller de elaboración de sobre. Según se ha informado, la persona ha cumplido con los requisitos de su trabajo y su rendimiento laboral ha sido considerado como satisfactorio” (...) “Su familia vive en Colombia y mantiene correspondencia regular con ella”⁷⁰.

A su turno, en la solicitud de traslado a Colombia, suscrita por Iván Darío Gutiérrez Rojas, se tiene que desde su arresto que data del 26 de julio de 2012, el solicitante ha cumplido con más de una tercera parte de la condena (casi 5 años), proferida por las autoridades judiciales de la Región Administrativa Especial Hong Kong. Además, se comprometió “a sufragar los gastos inherentes a mi traslado incluido el tiquete aéreo, en caso de que mi traslado a Colombia sea aprobado”⁷¹.

En segundo lugar, llama especial atención de la Sala Octava de Revisión el escrito de contestación a la tutela suscrito por el Ministerio de Justicia y del Derecho en el cual se reconoce que el accionante nunca antepuso ante el Ministerio de Justicia y del Derecho la existencia de hijos, dando a entender que esta situación familiar particular y nueva, podría ser un criterio humanitario a considerar:

“...y, pese a ello, el señor Gutiérrez Rojas nunca interpuso la existencia de alguno de dichos criterios humanitarios, al punto que solo hasta la interposición de la presente acción de tutela, este Ministerio conoció la existencia de los hijos del accionante” (...) “este Ministerio considera que improcedente -sic- los amparos solicitados a los derechos de unidad familiar, interés superior de los niños en conexidad con la vida digna ya que solo hasta la interposición de la presente acción de tutela, este Ministerio conoce de la existencia de los hijos del accionante, en virtud de los registros civiles aportados. Situación que no había sido conocida por este Ministerio con anterioridad. Más aún por cuanto esta Cartera no ha vulnerado los derechos de aquellos sino únicamente ha dado el trámite a la solicitud de traslado del

connacional de conformidad con la normatividad existente y los documentos aportados por aquel”⁷².

En efecto, mediante registros civiles que se aportan al expediente, se encuentra acreditado que el actor tiene dos hijos menores de edad: (i) Juan Ángel Gutiérrez Murcia, de 7 años de edad y; (ii) Diana Oliva Gutiérrez Díaz, de 16 años de edad.

Tal como lo afirman autoridades de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, existen pruebas de que el accionante mantiene estrechos vínculos con sus familiares, así como comunicaciones constantes -vía correo electrónico- con ellos⁷³.

Al respecto, la madre de Juan Ángel y compañera permanente del accionante, Francy Johanna Murcia, expuso mediante escrito allegado al despacho sustanciador el día 29 de junio de 2017, que:

“Iván Darío se fue en el año 2012 y desde ese mismo instante la vida se tornó muy difícil para mi hijo y para mí, vivíamos en la casa de mi suegro y él tomó la decisión de venderla por lo que me vi forzada a trabajar en lo que me saliera (siempre buscando que fuera algo digno y que no tuviera nada que ver con cosas ilegales ni deshonorosas) para poder pagar una pequeña habitación...” (...)

“... al verme sin trabajo tomé la decisión de viajar para Aruba (que es donde me encuentro actualmente) en busca de nuevas y mejores oportunidades económicas. Fue muy difícil tener que viajar sola sin mi bebé teniendo que dejarlo al cuidado de mi mama. (...) Desde la partida de Iván Darío siempre he estado orando a Dios y conservando la esperanza que regrese pronto porque sus hijos y yo lo necesitamos tener cerca para volver a ser una familia, sé que tenemos que empezar de nuevo pero juntos lo haremos posible. Me duele mucho ver a Iván como sufre lejos de nosotros y ver como sus hijos sufren por su ausencia (...)” (negrilla fuera de texto).

En cuanto a su hija Diana Oliva se observa como prueba en el expediente la falta de su padre y la afectación al principio de interés superior del menor que causa la ausencia de contacto en su vida. En un estado de Facebook, la niña manifiesta lo siguiente, “...te extraño mucho, que tu ausencia ha hecho un hueco grandísimo en mi vida y no veo la hora de que regreses porque de verdad me estás haciendo mucha falta. Eres el combustible que le da energía al

motor de mi vida, sin tenerte cerca me siento carente y me hacen falta tus consejos, tu compañía, tus abrazos y tus besos”⁷⁴.

Lo anterior denota que en el caso concreto existe una clara afectación al derecho fundamental a la unidad familiar, así como al principio de interés superior de los menores Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Olivia Gutiérrez Díaz, el cual prevalece sobre todo lo demás, visto que a los 7 años de edad del niño, pese a requerir inhalador, no cuenta con el cuidado, amor y afecto directo de sus padres, al encontrarse su padre en una cárcel en Hong Kong y su madre en Aruba⁷⁵.

En lo que respecta al principio de primacía del interés superior de los niños, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, prescribe en su artículo 3º, lo siguiente:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño...” -negrilla fuera de texto-.

Este principio ha sido desarrollado por norma legal interna, en particular por el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006), cuyo artículo 8º de este Estatuto señala que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.

Siguiendo este análisis, la Sala Octava de Revisión reitera que “el derecho de los niños a no ser separados de su familia impone al Estado y a la sociedad una obligación negativa en el sentido de que estos no solo no deben ser sustraídos de la compañía de sus familiares sino que tampoco se les debe impedir el contacto con éstos. Por lo tanto, la separación de los niños de su familia solo puede darse cuando el mantenimiento de la unidad familiar pueda significar un riesgo para los derechos fundamentales del menor”⁷⁶.

En el presente caso se contraviene el derecho fundamental a la unidad familiar de Iván Darío Gutiérrez Rojas, su compañera permanente y sus hijos, debido a que por cuenta de las

decisiones administrativas desfavorables, tomadas por el Ministerio del Interior y de Justicia con apego a estrictos criterios humanitarios definidos por la Comisión, el tutelante se encuentra separado de su núcleo familiar y viceversa, sin la posibilidad de establecer contacto directo, ni el disfrute de una visita familiar o íntima, todo lo cual proporcionaría una verdadera resocialización y reintegración⁷⁷, partiendo de la base que el aislamiento en Hong Kong lo excluye de su núcleo familiar, de la sociedad colombiana, su cultura, historia, costumbres y tradiciones, necesitando con urgencia del afecto y el apoyo de quienes le son más cercanos.

Tal como lo ha reconocido esta Corporación, la visita es un derecho familiar del cual son titulares padres e hijos cuyo ejercicio ha de estar enderezado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares. “Esta Corte no puede menos que recordar a los jueces su inmensa responsabilidad y cuidado cuando aprueben un régimen de visitas: de él depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad civil...”⁷⁸.

Incluso para la misma Asamblea Nacional Constituyente de 1991, era clara la necesidad de mantener la armonía y unidad familiar, como fundamento de la convivencia social y de la paz, “...no es necesario discutir por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella este lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia”⁷⁹.

Acorde con los artículos 42 y 44 constitucionales, ha sostenido este Tribunal⁸⁰ que la protección a la unidad familiar es un derecho fundamental, tanto de los menores como de los adultos, que “genera para las autoridades públicas competentes, un deber general de abstención, que se traduce en la prohibición de adopción de medidas infundadas e irrazonables de restablecimiento de derechos”⁸¹. En plena correspondencia con lo anterior, también ha señalado la Corte⁸² que, además de su faceta ius fundamental, el precitado derecho cuenta igualmente con una faceta prestacional, que se manifiesta en la obligación constitucional del Estado de “diseñar e implementar políticas públicas eficaces que propendan por la preservación del núcleo familiar”⁸³.

En ese sentido, en la medida que el accionante sí invocó el criterio familiar a efectos de solicitar su repatriación⁸⁴, para la Sala resulta desproporcionado que las entidades accionadas recomienden y resuelvan las solicitudes de repatriación con base en una discrecionalidad absoluta, siguiendo la aplicación irrestricta de unos criterios humanitarios (enfermedad grave, invalidez y vejez), sin discernir sobre otros argumentos -razonables y proporcionales- que también son susceptibles de proteger los derechos constitucionales fundamentales. En otras palabras, resulta razonable que estas autoridades accionadas valoren, si es del caso, la situación familiar de los solicitantes y de sus hijos menores de edad, máxime cuando en algunos convenios bilaterales de repatriación, celebrados con países como Venezuela, España y Panamá, la unidad familiar resulta una razón humanitaria válida para el Estado colombiano en materia de repatriación.

En los casos como el de la referencia, que no cuentan con un convenio existente entre los Estados aplicable en materia de repatriación, las autoridades administrativas investidas para resolver las solicitudes de repatriación, igualmente, deben considerar la vigencia de la Constitución Política y de la jurisprudencia constitucional, cuyos precedentes protegen el derecho fundamental a la unidad familiar y el principio de interés superior del menor.

De ahí que, el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Comisión Intersectorial para el Estudio de Solicitudes de Repatriación de Presos deban ceñir su discrecionalidad bajo estrictos criterios de razonabilidad y proporcionalidad frente al cuadro fáctico, actuando con total apego al Texto Superior y al derecho interno, lo cual incluye la aplicación obligatoria del precedente constitucional en materia de unidad familiar e interés superior del menor.

En consecuencia, y teniendo como base la omisión del Ministerio de Justicia y del Derecho respecto de la valoración de la situación fáctica del actor, particularmente de su núcleo familiar, en este caso la Sala de Revisión protegerá el derecho fundamental a la unidad familiar del accionante y de sus hijos, así como el principio del interés superior de los menores de edad, ordenando a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos una nueva valoración y recomendación sobre el caso de Iván Darío Gutiérrez Rojas teniendo en cuenta: (i) el derecho fundamental a la unidad familiar; (ii) el cumplimiento de los requisitos genéricos del traslado por repatriación; (iii) los intereses superiores de sus hijos, menores de edad, especialmente de Juan Ángel; (iv) la autorización dada por las autoridades de la Región Administrativa Especial de la República Popular de

China para su repatriación; y (v) la posibilidad de que el solicitante sufrague los gastos inherentes al traslado.

En adición a ello, le ordenará al Ministro de Justicia y del Derecho, que al momento de evaluar la nueva recomendación que formule la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos sobre la solicitud de repatriación del ciudadano Iván Darío Gutiérrez Rojas a la República de Colombia, lo haga, teniendo como fundamento los anteriores cinco criterios.

En caso de ser aprobada la solicitud de repatriación del ciudadano colombiano recluso en Hong Kong, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, de manera coordinada con los Ministerios de Justicia y del Derecho y de Relaciones Exteriores, dispondrá su reclusión en un lugar cercano a la residencia de sus hijos, de conformidad con la disponibilidad en la administración del sistema penitenciario y carcelario colombiano.

Finalmente, se ordenará al Defensor de Pueblo y al Consulado de Colombia en Hong Kong que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, presten asesoría y orientación en el proceso de repatriación y unidad familiar del señor Iván Darío Gutiérrez Rojas, su compañera permanente e hijos menores de edad, con el fin de que puedan asegurarse sus derechos fundamentales ante las autoridades nacionales competentes.

Para la Sala, las personas de nacionalidad colombiana reclusas en el exterior, merecen una especial atención por parte de las autoridades nacionales debido al aislamiento de sus seres familiares y a las dificultades que enfrentan respecto de su resocialización, todo lo cual reduce la garantía de la dignidad de la persona humana privada de la libertad.

Ciertamente, la Región Administrativa Especial de la República Popular de China, al privar legítimamente de la libertad a Iván Darío Gutiérrez Rojas, se constituye en el principal garante de sus derechos fundamentales; sin embargo, no por ello, el Estado colombiano se sustrae de asegurarle a sus ciudadanos privados de la libertad en el exterior la vida, la dignidad humana, los derechos humanos, la unidad familiar y la eventual repatriación mediante mecanismos de cooperación internacional y de política exterior.

A propósito, vale la pena resaltar las obligaciones que tienen los Estados frente a sus connacionales, las cuales van más allá de su territorio y fronteras, por ello:

“deben brindar las garantías para el ejercicio de sus derechos en el territorio del Estado; defender sus nacionales, de acuerdo con el derecho internacional, frente a terceros Estados; prestarles la asistencia consular de acuerdo con la costumbre internacional, los tratados bilaterales y, a nivel multilateral, en aplicación de las funciones consulares definidas en el artículo 5º, literales e), g), h) e i) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares; asistir y velar por los intereses de sus connacionales de acuerdo con las normas del Estado receptor; representarlos en ciertos casos y actuar, si fuese preciso, para que se les garantice el debido proceso ante los tribunales; etc. (...)”⁸⁵.

De ahí que, las solicitudes de repatriación de colombianos en el exterior para ser trasladados al país, cerca de sus familias, implican para el Estado valorar su deber positivo de promover y salvaguardar los intereses de sus ciudadanos ante los demás Estados, organismos y Autoridades internacionales, máxime si en ciertos casos concretos, como el de la referencia, el traslado a Colombia, aprobado por las autoridades de Hong Kong, puede significar un aumento en la protección de derechos fundamentales, especialmente en la unidad familiar y la prevalencia del interés superior del menor.

En tal virtud, considera la Sala Octava de Revisión que la negación de dichos traslados con base en la aplicación de criterios estrictos, absolutos y discrecionales que desconocen mecánicamente la unidad familiar y el interés superior de los menores, descarta el análisis caso por caso de otras razones humanitarias que resultan razonables, útiles, necesarias y proporcionales, como la valoración de la situación familiar, máxime en los supuestos que existe autorización del Estado emisor.

Se reitera que el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la Comisión Intersectorial para el Estudio de Solicitudes de Repatriación de Presos y del Ministerio de Justicia deben ser razonables, proporcionales y tener una finalidad que esté ajustada a derecho, incluyendo el análisis del derecho fundamental a la unidad familiar y del principio de interés superior del menor, en tanto la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en vetar poderes absolutos dentro del Estado de Derecho.

Sufrir la prisión en un país distinto al propio, en el que se deben asumir cargas y barreras adicionales que no deben enfrentar las personas privadas de la libertad en Colombia, refleja una disminución de derechos de los nacionales por la inaplicabilidad de la Constitución

Política y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Si bien la comisión del hecho punible en el exterior implica una restricción admisible de la aplicación de la Carta Política en el espacio, es paradójico que el accionante opte por preferir el estado de cosas inconstitucional y el hacinamiento en materia carcelaria en Colombia con el objetivo de salvaguardar su familia y los derechos de sus hijos.

Normalmente, la privación de la libertad en el exterior repercute en los derechos humanos del detenido por encontrarse en un contexto diferente con una cultura distinta, otro idioma, necesidades alimenticias, recreativas, religiosas disímiles y, muchas veces, alejados de sus seres queridos. Todo esto amerita que las autoridades colombianas no impidan a sus ciudadanos ingresar al país, más cuando han sido debidamente autorizados por otros Estados para terminar de cumplir la pena impuesta cerca de sus núcleos familiares y tener mayores posibilidades de resocialización.

De ahí que, los colombianos privados de la libertad en el exterior no puedan ser considerados como sujetos excluidos por la sociedad, ni sus derechos fundamentales inexistentes por encontrarse fuera del territorio colombiano, en tanto nunca han dejado de ser connacionales. Resulta acertado que el cumplimiento de los fines de protección y la extraterritorialidad de la pena exigen cierta modulación del disfrute de algunos de los derechos fundamentales de quienes se encuentran en situación de reclusión, pero también lo es que tal modulación no se equipara, ni podrá serlo, a una disminución de su nacionalidad o dignidad humana, porque el *status personae* no se pierde al estar preso en el extranjero.

Por otra parte, se debe resaltar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporado a nuestro ordenamiento interno mediante la Ley 74 de 1968, en su artículo 10.3 establece: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.

En el mismo sentido, el artículo 10 de la Ley 63 de 1995 “por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, dispone que la finalidad del tratamiento penitenciario consiste en “alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad...”.

Esta Corporación ha entendido que “las visitas a las personas que se encuentran privadas de su libertad, particularmente, las visitas íntimas o conyugales, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad del tratamiento penitenciario. Así, en criterio de la Corte, el Estado debe propender por la presencia de la familia en el proceso de resocialización del interno, la cual se relaciona con otros derechos fundamentales del recluso, dentro de los que se cuenta la posibilidad de mantener comunicación oral y escrita con las personas que se encuentran fuera del penal, así como conservar una vida sexual activa, lo que a la postre permitiría una reincorporación que genere un menor traumatismo al ex-convicto”⁸⁶.

Para la Corte en el marco de la cooperación internacional y la política exterior, existe la obligación del Estado colombiano de garantizar el goce efectivo de los derechos e intereses de los nacionales reclusos en el exterior, de acuerdo con sus limitaciones y restricciones -dadas por el hacinamiento carcelario-, buscando cumplir el objetivo principal de la pena que es la resocialización⁸⁷.

En razón a ello, el Ministerio de Relaciones Exteriores podrá activar las relaciones diplomáticas con las autoridades correspondientes en Hong Kong con el fin de materializar la repatriación del accionante al Estado colombiano utilizando para ello el medio más expedito y eficaz que tenga a su disposición, incluyendo la aplicación del exequatur si es necesario (cap.3), a efectos de que la sentencia condenatoria extranjera quede dotada de validez jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano.

Dentro de ese marco las autoridades administrativas deben procurar por evaluar los criterios humanitarios según cada caso en concreto, asegurando el principio de eficacia de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, a través de conductas positivas que garanticen un proceso de repatriación razonable y proporcional, con una discrecionalidad relativa que valore mayores criterios humanitarios y la resocialización de la persona, así como el hecho de ser nacional colombiano.

7. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

En esta oportunidad, el caso sometido a revisión versa sobre una acción de tutela presentada por conducto de la Defensoría del Pueblo, en nombre de Iván Darío Gutiérrez Rojas y de sus hijos menores de edad Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz, por la

presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, al debido proceso, a la unidad familiar, al interés superior del menor y de petición.

Iván Darío Gutiérrez Rojas, ciudadano colombiano, fue privado de la libertad en el Aeropuerto Internacional de Hong Kong, Chek Lap Kok, tras haber traficado ilegalmente 600 gramos de cocaína. En tal virtud, el Alto Tribunal de la Región Administrativa Especial de Hong Kong lo condenó por “tráfico de droga peligrosa”, a 14 años de prisión mediante sentencia del 18 de marzo de 2013.

No obstante lo anterior, la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos y el Ministerio de Justicia y del Derecho negaron la repatriación del accionante en dos oportunidades con fundamento en la aplicación de “criterios humanitarios”, definidos por la misma Comisión en sesión del 8 de abril de 2013 y redefinidos en sesión posterior del 18 de febrero de 2014. En su criterio, no procede la repatriación en la medida en que no se acreditó encontrarse en algún criterio humanitario, es decir, ni él ni sus familiares padecen enfermedades graves, no se encuentra en estado de invalidez, ni tiene una edad avanzada (más de 65 años).

La acción de tutela formulada por Iván Darío fue presentada ante la justicia colombiana por intermedio de la Defensoría del Pueblo. En decisión de primera y única instancia, del 21 de febrero de 2017, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá D.C., declaró improcedente el amparo de los derechos invocados en consideración al incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela por dos argumentos: (i) el señor Iván Darío Gutiérrez Rojas no interpuso recurso de reposición contra la Resolución 566 del 12 de agosto de 2016; y (ii) cuenta con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante un juez contencioso administrativo con el fin de controvertir el acto administrativo referenciado, donde tiene la posibilidad de “solicitar la adopción de medidas cautelares conforme con los artículos 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011-Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-...”.

Adicionalmente, el a quo indicó que nada le impide al accionante presentar nuevamente la solicitud de repatriación, debidamente asesorado por el Consulado colombiano.

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional resolvió revocar la anterior decisión y, en su lugar, conceder el amparo de los derechos fundamentales a la unidad familiar de Iván

Gutiérrez Rojas y de sus hijos Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz, así como el interés superior de los menores de edad, por las siguientes razones:

1. Procesalmente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducó, razón por la cual el actor no cuenta actualmente con un medio judicial de defensa distinto a la acción de tutela para proteger sus derechos fundamentales. Si bien, podría alegarse que fue negligente al dejar vencer los términos de este medio de control (4 meses), para la Sala se debe flexibilizar este análisis de procedibilidad, teniendo en cuenta que el accionante se encuentra privado de la libertad en otro continente, esto, dificulta designar un apoderado y exigir estrictamente la diligencia debida en cuanto a la interposición de una acción judicial que caduca en corto plazo.

Adicionalmente, en relación con la Resolución No. 0566 del 12 de agosto de 2016, mediante la cual el Ministerio de Justicia resolvió negar, por segunda vez, la solicitud de repatriación, valga resaltar que, el mismo día que le fue notificada tal determinación, es decir, el día 29 de agosto del mismo año, el actor solicitó a la Defensoría del Pueblo, "...actuar en mi nombre, representación, defensa de mis derechos fundamentales y en virtud de la función específica de la Defensoría del Pueblo presentar recurso de reposición en contra del acto administrativo resolución número 0566 del 12 de agosto del 2016"⁸⁸. Al contrario de lo solicitado por el accionante, esta entidad no presentó el recurso administrativo, razón por la cual la decisión quedó en firme.

Esta circunstancia no amerita la improcedencia de la acción de tutela, ni mucho menos reabrir el término para interponer el recurso de reposición por cuanto se ha seguido un debido proceso y el accionante ha obrado con total diligencia. Para la Sala este recurso administrativo no garantiza la protección de los derechos constitucionales fundamentales alegados en sede de tutela, por el contrario, existen más probabilidades de que vuelva a ser confirmada la decisión, como ocurrió en el pasado, y se continúen aplicando de manera taxativa los criterios humanitarios fijados por la Comisión. Adicionalmente, observó la Sala Octava que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es actualmente inexistente.

1. Ahora bien, al entrar al fondo del asunto, determinó la Sala Octava de Revisión que el accionante cumple con los requisitos genéricos que valora la Comisión Intersectorial y el Ministerio de Justicia y del Derecho para conceder traslados por repatriación en cuanto: (a) La condena que le fue impuesta no es de prisión perpetua o pena de muerte; (b) El delito por el cual fue condenado, no es de tipo político o militar; (c) El traslado fue solicitado por el accionante y aprobado por las autoridades de la Región Administrativa Especial de la República Popular de China; (d) La conducta por la cual fue condenado, también constituye delito en Colombia; (e) La sentencia que lo condenó se encuentra ejecutoriada, sin posibilidad de un recurso alguno; y (f) No existen procesos pendientes en la Región Administrativa Especial de Hong Kong contra el accionante.

1. En adición, se verificó que el actor tiene dos hijos menores de edad y una compañera permanente con los cuales mantiene permanente contacto afectivo vía internet. Concretamente para la Sala cobra especial valor, a la luz del principio de interés superior del menor, que Juan Ángel, de 7 años de edad, se encuentra actualmente en Colombia sin el cuidado de su madre, como quiera que por cuenta de la detención de Iván Darío, se encuentra domiciliada en Aruba.

1. En consecuencia, en este caso la Sala decide proteger el derecho fundamental a la unidad familiar de Iván Gutiérrez Rojas y de sus hijos Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz, así como el interés superior de estos menores, ordenando a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos y al Ministerio de Justicia y Del Derecho una nueva recomendación y valoración del caso de Iván Darío Gutiérrez Rojas, teniendo en cuenta: (i) el derecho fundamental a la unidad familiar vulnerado; (ii) el cumplimiento de los requisitos genéricos del traslado por repatriación; (iii) los intereses superiores de sus hijos, menores de edad, especialmente de Juan Ángel; (iv) la autorización dada por las autoridades de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para su repatriación; y (v) la posibilidad de que el solicitante sufrague los gastos inherentes al traslado.

En caso de ser aprobada la nueva solicitud de repatriación del ciudadano colombiano recluso

en Hong Kong, el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, en el marco de sus competencias, dispondrá sobre su reclusión en un lugar cercano a su núcleo familiar, según la disponibilidad y efectiva administración del sistema penitenciario y carcelario colombiano.

Finalmente, se ordenará al Defensor de Pueblo y al Consulado de Colombia en Hong Kong que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, comuniquen, vigilen y garanticen que en el proceso de repatriación que adelante la Comisión Intersectorial y el Ministerio de Justicia y del Derecho, se ajuste a los cánones constitucionales, preservando en este caso el ejercicio del derecho fundamental a la unidad familiar y el principio del interés superior de los menores de edad.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Penal-, el 21 de febrero de 2017. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la unidad familiar de Iván Gutiérrez Rojas y de sus hijos Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz, así como el interés superior de estos menores.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, que en el término de cinco días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia, profiera una nueva recomendación al Ministro de Justicia y del Derecho en los términos precisos del amparo concedido, sobre la solicitud de repatriación del ciudadano Iván Darío Gutiérrez Rojas, teniendo en cuenta: (i) su derecho fundamental a la unidad familiar; (ii) los intereses superiores de sus hijos, menores de edad, Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz; (iii) la autorización dada por las autoridades de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para su repatriación; (iv)

el cumplimiento de los requisitos genéricos de traslado por repatriación; y (v) la posibilidad de que el solicitante sufrague los gastos inherentes al traslado.

TERCERO.- ORDENAR al Ministro de Justicia y del Derecho que al momento de evaluar la nueva recomendación que formule la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos sobre la solicitud de repatriación del ciudadano Iván Darío Gutiérrez Rojas a la República de Colombia, lo haga, teniendo en cuenta: (i) su derecho fundamental a la unidad familiar; (ii) los intereses superiores de sus hijos, menores de edad, Juan Ángel Gutiérrez Murcia y Diana Oliva Gutiérrez Díaz; (iii) la autorización dada por las autoridades de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China para su repatriación; (iv) el cumplimiento de los requisitos genéricos de traslado por repatriación; y (v) la posibilidad de que el solicitante sufrague los gastos inherentes al traslado.

QUINTO.- ORDENAR al Defensor de Pueblo y al Consulado de Colombia en Hong Kong que, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, presten asesoría y orientación en el proceso de repatriación y unidad familiar del señor Iván Darío Gutiérrez Rojas, su compañera permanente e hijos menores de edad, con el fin de que puedan asegurarse los derechos fundamentales tutelados ante las autoridades competentes.

SEXTO.- Por Secretaría General de esta Corporación, LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN

Secretaria General (e)

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA T-500/17

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS CONDENADAS EN EL EXTERIOR-Derecho restringible (Salvamento de voto)

Dado que no existe un tratado específico sobre la materia entre Hong Kong y Colombia, el traslado solo procede por estrictas razones humanitarias. Estas razones han sido determinadas por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, así: (i) enfermedad grave de la persona condenada; (ii) enfermedad grave de los padres, hijos y/o esposo(a) o compañero(a) permanente de la persona condenada; (iii) edad avanzada de la persona condenada, a partir de los 65 años; y (iv) estado de validez del interno. El caso concreto no se subsume dentro de ninguno de estos criterios. Por lo tanto, tras dicha verificación, la decisión de no acceder a la solicitud de repatriación no puede ser considerada como ejercicio de “discrecionalidad absoluta”.

DEBIDO PROCESO DE PERSONAS CONDENADAS EN EL EXTERIOR-Vulneración del derecho de petición del accionante, quien solicitó a la Defensoría del Pueblo que nombrara un Defensor para que, de ser el caso, interpusiera recurso de reposición frente a su solicitud de traslado a Colombia (Salvamento de voto)

Existió una vulneración al derecho al debido proceso del accionante. Dicha vulneración ocurrió como consecuencia de la violación al derecho de petición del accionante, quien solicitó a la Defensoría del Pueblo que nombrara un defensor para que, de ser el caso, interpusiera recurso de reposición frente a su solicitud de traslado a Colombia. La Defensoría

no nombró dicho defensor, ni le informó al señor Gutiérrez Rojas sobre la negativa a su petición, lo que ocasionó que la decisión del Ministerio de Justicia y del Derecho de no conceder la repatriación quedara en firme, sin que pudiera ser controvertida.

Expediente: T-6.080.803

Referencia: Sentencia T-500 de 2017

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, suscribo el presente salvamento de voto en relación con la providencia de la referencia. En esta sentencia se concedió el amparo del derecho fundamental a la unidad familiar del señor Gutiérrez Rojas y del principio de interés superior de sus hijos. En consecuencia, se ordenó a las autoridades encargadas de decidir sobre la repatriación de nacionales analizar nuevamente el caso concreto. En particular, se le ordenó a la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos que profiera una nueva recomendación al Ministerio de Justicia y del Derecho en los términos precisos del amparo concedido. Además, se ordenó al Ministerio de Justicia y del Derecho que, al momento de evaluar la nueva recomendación, lo haga con fundamento las consideraciones y la parte resolutive de la sentencia.

1. Dicha decisión se fundó en que: (i) “resulta desproporcionado e irracional que las entidades accionadas recomienden y resuelvan las solicitudes de repatriación con base en una discrecionalidad absoluta, siguiendo la aplicación irrestricta de unos criterios humanitarios (enfermedad grave, invalidez y vejez), sin más argumentos”; (ii) “el accionante cumple los requisitos genéricos que valora el Ministerio de Justicia y del Derecho para conceder traslados por repatriación”; (iii) el actor tiene dos hijos menores de edad, uno de los cuales se encuentra en Colombia sin la compañía de sus padres; y (iv) las autoridades de la región Administrativa de Hong Kong autorizaron la repatriación.

1. Las razones por las que salvo el voto son: (i) según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad es restringible; (ii) no existe un derecho a la repatriación; (iii) las decisiones que negaron la repatriación no se basaron en una discrecionalidad absoluta; y (iv) lejos de lo afirmado en la sentencia, no existe un precedente sobre repatriación que vincule la solución del presente asunto. Además, en mi criterio, sí existió una vulneración al derecho al debido proceso del señor Gutiérrez Rojas. En consecuencia, se ha debido tutelar este derecho fundamental, para permitir que el accionante interponga el recurso de apelación si a bien lo tiene.

1. Primero, el derecho a la unidad familiar es restringible⁸⁹. La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que “los derechos fundamentales de los internos pueden ser clasificados en tres categorías según el grado de afectación que los mismos sufren con ocasión de la inevitable reclusión del individuo”⁹⁰. Durante el cumplimiento de la pena algunos pueden ser suspendidos, otros restringidos y los demás deben permanecer inalterados. “Los derechos restringidos o limitados están sujetos a tal grado de afectación porque la restricción de la libertad de locomoción hace imposible su desarrollo pleno, siendo necesarias tales restricciones con el fin de contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Es en este segundo grupo que se ubica el derecho a la unidad familiar”⁹¹.

1. Segundo, no existe un derecho a la repatriación. En la sentencia T-470 de 2015, la Corte afirmó que “no existe un derecho a la repatriación y el Estado soberano puede o no aceptar dicha repatriación”⁹². Ahora bien, ese ejercicio de soberanía debe ser motivado y justificado. En la misma sentencia señaló que:

“Jurisprudencialmente se considera que es arbitraria e injustificada la decisión sobre el traslado de reclusos cuando, evidenciándose vulneraciones a derechos fundamentales no restringibles, se niega el traslado:

(i) sin motivo expreso.

(ii) bajo el único argumento de no ser la unidad familiar una causal establecida en el artículo 75 del Código Penitenciario y Carcelario.

(iii) con base en la discrecionalidad que le otorga la normatividad, sin más argumentos”⁹³.

1. En este caso, dado que no existe un tratado específico sobre la materia entre Hong Kong y Colombia, el traslado solo procede por estrictas razones humanitarias. Estas razones han sido determinadas por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, así: (i) enfermedad grave de la persona condenada; (ii) enfermedad grave de los padres, hijos y/o esposo(a) o compañero(a) permanente de la persona condenada; (iii) edad avanzada de la persona condenada, a partir de los 65 años; y (iv) estado de validez del interno⁹⁶. El caso concreto no se subsume dentro de ninguno de estos criterios. Por lo tanto, tras dicha verificación, la decisión de no acceder a la solicitud de repatriación no puede ser considerada como ejercicio de “discrecionalidad absoluta”.

1. Cuarto, no existe un precedente sobre repatriación que vincule la solución del presente asunto. La única sentencia de tutela sobre repatriación estudiada previamente por la Corte Constitucional fue la T-470 de 2015, y tenía un supuesto fáctico diferente, ya que, en ese caso, sí existía un tratado para trasladar personas privadas de la libertad entre ambos países. En ese caso, a pesar de cumplirse los requisitos del tratado, el Estado colombiano negó el traslado por hacinamiento en las cárceles colombianas, en virtud de su facultad discrecional⁹⁷. En dicha sentencia la Corte decidió que “se vulnera el derecho fundamental a la unidad familiar de una persona menor de edad, cuando la autoridad competente de autorizar la repatriación de su padre, una vez verifica el cumplimiento de los requisitos que el Tratado entre los países impone, niega el traslado basándose en razones de hacinamiento en las cárceles del país, ignorando la situación de vulnerabilidad de la menor ante la ausencia de su papá, recluso en una cárcel en el exterior, y el fallecimiento de su madre”⁹⁸.

1. Además, lo cierto es que, en mi criterio, sí existió una vulneración al derecho al debido proceso del señor Gutiérrez Rojas. Dicha vulneración ocurrió como consecuencia de la violación al derecho de petición del accionante, quien solicitó a la Defensoría del Pueblo que nombrara un defensor para que, de ser el caso, interpusiera recurso de reposición frente a su solicitud de traslado a Colombia⁹⁹. La Defensoría no nombró dicho defensor¹⁰⁰, ni le informó al señor Gutiérrez Rojas sobre la negativa a su petición, lo que ocasionó que la decisión del Ministerio de Justicia y del Derecho de no conceder la repatriación quedara en firme,¹⁰¹ sin que pudiera ser controvertida.

1. La Corte Constitucional ha dispuesto que las personas privadas de la libertad tienen derecho a presentar peticiones. Este derecho comprende: (i) el derecho de solicitar información o la ejecución de una actuación y, (ii) el derecho a una pronta respuesta¹⁰². En efecto, la Corte ha señalado que “resulta obligatorio que el Estado cree un canal de comunicación entre el interno y la administración de justicia, teniendo en cuenta que la posibilidad del sujeto de insistir en sus peticiones se torna difícil debido a las restricciones de su libertad e imposibilidad de desplazamiento¹⁰³. Se ha señalado que en muchas ocasiones, el derecho de petición es el único mecanismo que tienen las personas privadas de la libertad para hacer efectivas las obligaciones estatales, y de esta manera hacer valer sus derechos fundamentales”¹⁰⁴.

1. Habida cuenta de que la Defensoría del Pueblo no respondió la petición del señor Gutiérrez Rojas, se impidió la interposición de recursos en contra de la decisión del Ministerio de Justicia y del Derecho. En consecuencia, en mi criterio, se ha debido tutelar el derecho al debido proceso, dejar sin efectos la ejecutoriedad de la decisión, y correr traslado nuevamente al accionante para que pueda interponer los recursos correspondientes de manera directa.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

1 Artículo 46 del Decreto 2591 de 1991.

3 Adujo el accionante que luego de denunciar el maltrato de presos colombianos ante el consulado, empezó a padecer de infecciones intestinales, por ello dejó de comer por un tiempo hasta que no se le garantizara que su comida no se encontraba contaminada.

4 Referida en el hecho 6.

5 Folio 195, cuaderno 2.

6 Folios 52 y 53, cuaderno de tutela no. 1.

7 Reverso folio 102 y 103 ibídem.

8 De acuerdo al Artículo 4° del Decreto 4328 de 2011, “La Secretaría Técnica de la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos, será ejercida por la Oficina de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho”.

9 Folios 47 y 48. Cuaderno II.

10 Folio 48. Cuaderno II

11 Folio 140. Cuaderno I.

12 Folios 141 a 143. Cuaderno I.

13 Folios 143 y 144. Cuaderno I.

14 Folio 145. Cuaderno I.

15 Código Penitenciario y Carcelario

16 Folio 199. Cuaderno II.

17 Folio 274. Cuaderno II.

18 Folio 31. Cuaderno I.

19 Folio 311. Cuaderno II.

20 Folio 314. Cuaderno II.

21 Folios 13 y 14. Cuaderno Corte Constitucional.

22 Folios 13 y 14, cuaderno Corte Constitucional.

23 Guzmán Latorre, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado. Editorial Jurídica de Chile. 1989. Pág. 565.

24 “Artículo 16. Extraterritorialidad. La ley penal colombiana se aplicará:

1. A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el Artículo 323 del presente Código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, o estampilla oficial, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana.

En todo caso se tendrá como parte cumplida de la pena el tiempo que hubiere estado privada de su libertad.

2. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero.

3. A la persona que esté al servicio del Estado colombiano, no goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa en el extranjero delito distinto de los mencionados en el numeral 1º, cuando no hubiere sido juzgada en el exterior.

4. Al nacional que fuera de los casos previstos en los numerales anteriores, se encuentre en Colombia después de haber cometido un delito en territorio extranjero, cuando la ley penal colombiana lo reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos (2) años y no hubiere sido juzgado en el exterior.

Si se trata de pena inferior, no se procederá sino por querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación (...)."

25 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de enero de 2012. Rad. 201522. Magistrado Ponente: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez.

26 Sentencia T-716 de 1996.

27 Sentencia C-261 de 1996.

28 "Artículo 36. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa."

29 En la sentencia T-435 de 1990 la Corte señaló que el juez de tutela al resolver esta clase de conflictos "no puede interferir en las decisiones sobre traslados, a no ser que observe una arbitrariedad o una vulneración de los derechos fundamentales del reo. Así mismo, ha sostenido que cuando no se vislumbra la violación de un derecho fundamental, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la acción procedente para atacar la actuación".

30 T-127 de 2015.

31 "...La potestad discrecional se presenta cuando una autoridad es libre, dentro de los límites de la ley, de tomar una u otra decisión, porque esa determinación no tiene una solución concreta y única prevista en la ley. Los actos discrecionales están sometidos al control jurisdiccional, debido a que no pueden contrariar la Constitución ni la ley, y a que, en todo caso, es necesario diferenciar tal facultad de la arbitrariedad". SU-172 de 2015. En adición, ver las sentencias T-590 de 1998 y T-696 de 2001.

32 T-214 de 1997.

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Sub-sección B, 8 de marzo de 2012. C.P. Gerardo Arenas. Radicación número: 19001-23-31-000-2002-00256-01(1332-09)

34 Acápite tomado de las Sentencias T-439 de 2013 y T- 470 de 2015.

35 Ver sentencias T-307 de 2006, T-754 de 2005, T-907 de 2004, T-143 de 1999.

36 Sentencia C-172 de 2004.

37 Sentencia T-227 de 2006.

38 Artículo 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)

39 Sentencia T-907 de 2004.

41 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. “OBSERVACIÓN GENERAL N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)” Distr. GENERAL CRC/GC/2003/5 27 de noviembre de 2003 ESPAÑOL. 34º período de sesiones 19 de septiembre a 3 de octubre de 2003.

42 Una aproximación al concepto del interés superior del niño, lo trae BAEZA CONCHA, para quien es: “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”, en Revista Chilena de Derecho, vol. 28, núm. 2, p. 356.

43 Al respecto ver sentencias: T-277 de 1994, T-605 de 1997, T-785 de 2002, T-1096 de 2005, T-274 de 2005, T-1275 de 2005, T-599 de 2006, T-566 de 2007, T-537 de 2007, T-894 de 2007, T-515 de 2008, T-435 de 2009, T-844 de 2009, T-948 de 2011, T-830 de 2011, T-374 de 2011, T-319 de 2011, T- 669 de 2012, T-232 de 2012.

44 Ver sentencias T-844 de 2009, T-948 de 2011, T-830 de 2011 y T-232 de 2012.

45 Ver “ABC Repatriaciones -Ministerio de Justicia y del Derecho”, en el siguiente enlace oficial: <https://www.minjusticia.gov.co/Portals/0/pdfs/ABC%20Repatriaciones.pdf>

46 Ratificado mediante Ley 250 de 1995, declarada exequible por la Corte Constitucional,

mediante Sentencia C-261 de 13 de junio de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

47 Artículo 8, literal c) de la Ley 250 de 1995.

48 “...Se evidencia claramente una contradicción entre las disposiciones citadas del tratado, contenidas en el numeral 3 del artículo tercero y en el numeral 3 del artículo cuarto del mismo, y las disposiciones de nuestro ordenamiento superior, específicamente de los artículos 150 numeral 17, y 201 numeral 2 de la C.P., pues de darse viabilidad a la aplicación de las normas del acuerdo bilateral, que como tales priman sobre la legislación interna, se tendría que concluir, con base en una interpretación sistemática, que no siendo el acuerdo bilateral aplicable cuando la solicitud de traslado se refiera a condenas impuestas por la comisión de delitos políticos, la posibilidad de conceder los beneficios mencionados se extendería a sentencias condenatorias por delitos comunes, beneficios que además, en contra vía de las disposiciones de la Carta Fundamental, podrían otorgarse no solo a través de “medidas legales”, leyes, como lo establece el numeral 17 del artículo 150 superior, sino, como se consigna en el texto del tratado, por “decisiones” que adopte el Estado Receptor”.

49 Mediante petición de fecha 7 de diciembre de 2016 (f. 5), Iván Darío Gutiérrez Rojas solicitó al Defensor del Pueblo la interposición de la acción de tutela de la referencia.

50 Decreto 2591 de 1991. “Artículo 46. Legitimación. El Defensor del Pueblo podrá sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados, interponer la acción de tutela en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión”.

51 Artículo 282.3 constitucional.

52 Ver Decretos 2871 de 2011 y 4328 de 2011.

53 Magistrado Luis Enrique Bustos Bustos.

54 Folios 52 y 53, cuaderno de tutela no. 1.

55 Reverso folio 102 y 103 ibídem.

56 Ley 1437 de 2011. “Artículo 76. Oportunidad y presentación. Los recursos de reposición y

apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso...”.

57 En efecto, mediante comunicación del 28 de septiembre de 2016, el Jefe de Asuntos Internacionales del Ministerio de Justicia y del Derecho informa a Iván Darío Gutiérrez Rojas que ha quedado en firme la decisión contenida en la Resolución 0566 del 12 de agosto de 2016, por cuanto no hubo impugnación (ver folio 197, cuaderno 2) // El 18 de febrero de 2016 el señor Gutiérrez Rojas previendo que la segunda solicitud de traslado sería negada, instó al Defensor Delegado para la Política Criminal y Penitenciaria la designación de un defensor que, “de ser el caso presente en mi nombre y representación recurso de reposición contra la decisión que sea proferida por el Ministerio del Interior y del Derecho mediante la cual se niegue mi traslado a Colombia” (ver folio 101, cuaderno 1).

58 Decreto 2591 de 1991. “ARTICULO 9º-Agotamiento opcional de la vía gubernativa. No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela.

El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

59 En efecto, la Constitución Política (artículo 281), señala que el Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma.

60 Ver, entre otras, las sentencias T-307 de 2006, T-754 de 2005, T-907 de 2004, T-143 de 1999. En la T- 200 de 2014 se señaló que, “La jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.1), al exigir que en “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá

será el interés superior del niño”.

61 Sentencia C-172 de 2004.

62 Las causales consagradas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) fueron declaradas exequibles por la Corte Constitucional en Sentencia C-259 de 2015.

63 Ver Sentencias T-377 de 2000, T-173 de 2013, T-211-14, T-332 de 2015, entre otras.

64 T-1082 de 2012.

65 T- 076 de 2011.

66 Alto Tribunal de la Región Administrativa Especial de Hong Kong. Tribunal de Primera Instancia. Caso Penal No. 11 de 2013. El 26 de julio de 2012, Iván Darío Gutiérrez Rojas fue encontrado en el Aeropuerto Internacional de Hong Kong “Chek Lap Kok”, con tráfico de droga peligrosa al portar una suspensión que contenía 0,60 kilogramos de cocaína. (f. 84 reverso, cuaderno original).

67 “Tengo el honor de referirme al caso del señor GUTIÉRREZ ROJAS IVÁN DARÍO (El Solicitante) un nacional de Colombia/ persona con estrechos vínculos con Colombia (...) El Gobierno de HKSAR propone que: (a) con su consentimiento, el solicitante sea trasladado de HKSAR con el fin de que purgue el resto de la sentencia en Colombia...”. (f. 88 reverso, cuaderno original).

68 Código Penal colombiano. Ley 599 de 2000. “Artículo 376. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de

metacualona o droga sintética, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de dos (2) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de metacualona o droga sintética, la pena será de seis (6) a ocho (8) años de prisión y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes” -negrilla fuera de texto-.

69 Folio 82 reverso, cuaderno original.

70 Folio 83, cuaderno original.

71 Folio 81, cuaderno original. Documento que fue firmado por Ho Kwong Fai, Superintendente de la Institución y por el testigo/funcionario Tse Wai Wai.

72 Folios 47 y 48. Cuaderno II.

73 Por ejemplo, mediante correo electrónico del 3 de noviembre de 2015 dirigido al accionante, se lee lo siguiente: “...Iván me duele ver que pasa el tiempo y nada, Ángel siempre pregunta por ti. Que donde estas. Que no nos quieres. Que por que no vamos. Que los papas deben estar juntos y cosas así...”. (f.118 reverso, cuaderno original).

74 Folio 121, cuaderno 1.

75“Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los

Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales”.T-260 de 2012.

76 T-078A de 2016.

77 C-328 de 2016: “El acceso de los condenados a los mecanismos alternativos o sustitutivos de la pena de prisión en las condiciones establecidas por la ley, constituye para aquellos una herramienta invaluable para alcanzar los fines constitucionales de resocialización de la pena y para reintegrarse a la normalidad de su vida”// En sentencia C-261 de 1996, esta Corporación expuso que la resocialización guarda una íntima relevancia con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, pues la reeducación y la reinserción social del condenado son el objetivo de los esfuerzos legales e institucionales del Estado.

78 T-523 de 1992.

79 Informe ponencia para primer debate en plenaria. Derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer, la tercera edad y minusválidos. En: Gaceta Constitucional No. 85, Mayo 28 de 1991. p.5.

80 Sobre el carácter fundamental del derecho a la protección de la unidad familiar se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-278 de 1994, T-408 de 1995, T-5672 de 2009 y T503 de 2011.

81 T-502 de 2011

82 Sobre el alcance prestacional del derecho a la protección de la unidad familiar se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-T-527 de 2009 y T-502 de 2011.

83 Sentencia T-572 de 2009, reiterada en la Sentencia T-502 de 2011.

84 A folio 54 y s.s. consta el recurso de reposición del accionante contra la Resolución del 12 de agosto de 2015, en el cual menciona su familia e hijos.

86 Precedente reiterado por las Sentencias T-378 de 2015, T-566 de 2007, T-537 de 2007,

T-894 de 2007, T-599 de 2006, T-1204 de 2003, T-605 de 1997, T-277 de 1994, T-222 de 1993.

87 En la Sentencia T-378 de 2015, la Corte afirmó que: “La garantía de la visita familiar constituye en sí misma un derecho de los reclusos en conexidad con el derecho fundamental a la familia y a la intimidad. Adicionalmente, puede verse como un mecanismo de resocialización que debe ser procurado por el Estado como parte del desarrollo de los principios que infunden su política criminal y su sistema penal. La garantía del derecho a la visita familiar es una herramienta para el fortalecimiento de su vínculo que tiene efectos no solo en la resocialización, sino también en la disciplina dentro de los centros penitenciarios”.

88 Folio 195, cuaderno 2.

89 Corte Constitucional, Sentencias T-078A de 2016; T-428 de 2014; T-319 de 2011; T-374 de 2011; T-266 de 2013; T-825 de 2009; T-739 de 2012; T-017 de 2014; T-111 de 2015; T-153 de 2017; T-154 de 2017; T-444 de 2017; T-566 de 2007; T-515 de 2008; T-265 de 2011; T-830 de 2011; T-232 de 2012; T-274 de 2005; T-127 de 2015; T-435 de 2009; T-537 de 2007; C-012 de 2016.

90 Corte Constitucional, Sentencia T-078A de 2016.

91 Corte Constitucional, Sentencias T-078A de 2016.

92 Corte Constitucional, Sentencia T-470 de 2015.

93 Corte Constitucional, Sentencia T-470 de 2015; T-439 de 2013.

94 La primera decisión que negó la repatriación, esto es, la Resolución 607 de 2015 indicó que “ninguno de los internos invocó criterio humanitario en sus solicitudes, como tampoco allegaron documentación que así lo evidenciara y permitiera acceder a lo peticionado”. Cno 1. Fl. 52 al 53 vto. En el recurso de reposición, el señor Gutiérrez Rojas mencionó a su familia e hijos. Al resolver dicho recurso, en Resolución 0831 de 2015, el Ministerio confirmó la negativa, debido a que el accionante no allegó documentación que sustentara alguno de los criterios humanitarios. Cno. 1 Fl. 66 vto. al 69.

95 Resolución 0566 de 2016, Ministerio de Justicia y del Derecho. Cno. 1 Fl. 286 al 287.

96 Estos criterios fueron definidos por la Comisión Intersectorial para el Estudio de las Solicitudes de Repatriación de Presos el 8 de abril de 2013, y redefinidos en el Comité Extraordinario del 18 de febrero de 2014. Ver Cno. 1 Fl. 51.

97 Corte Constitucional, Sentencia T-470 de 2015.

98 Corte Constitucional, Sentencia T-470 de 2015.

99 Cno. 1 fls. 99 al 102. Cuatro meses después, ante la ausencia de respuesta, el señor Gutiérrez Rojas envió nuevo derecho de petición a la Defensoría.

100 En el Cno. 2 fl. 242 está el Memorando del 6 de abril de 2016, de la Directora Nacional de Defensoría Pública a la Jefe de Oficina de Asuntos Internacionales de la Defensoría del Pueblo. Indicó que la Defensoría no tiene competencia para atender los casos de detenidos fuera del país. Sin embargo, no aparece prueba de que esta situación se haya informado al accionante.

101 El traslado fue negado mediante Resolución 0566 del Ministerio de Justicia y del Derecho. Al ser notificado, el accionante informó por escrito al Consulado de Colombia en Hong Kong que su recurso de reposición sería interpuesto por la Defensoría del Pueblo. Al mismo tiempo, envió derecho de petición a la Defensoría del Pueblo con la Resolución anexada, y solicitó: (i) la interposición del recurso de reposición y, (ii) copia del recurso de reposición. Mediante comunicación el Consulado le informó que la Resolución 0566 había quedado en firme, ya que no fue impugnada. No obra prueba que certifique la contestación de los derechos de petición en los que solicitó a la Defensoría interponer recurso de reposición. La Defensoría no menciona dentro de sus múltiples gestiones la contestación a dichos derechos de petición al peticionario. Ver Cno. 1 fls. 102 vto., 103, 104, 107, y Cno. 2 fls. 75, 274 y 275.

102 Corte Constitucional, Sentencias T-267 de 2015; T-276 de 2016.

103 Corte Constitucional, Sentencia T-276 de 2016.

104 Corte Constitucional, Sentencias T-470 de 1996; T-705 de 2006; T-825 de 2009; T-266 de 2013; T-267 de 2015; T-276 de 2016.