

Sentencia T-844-09

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL NIÑO-Prevalencia

DERECHO A LA FAMILIA-Alcance

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Límites a ciertos derechos fundamentales de reclusos

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Unidad familiar como restricción legítima de derechos fundamentales

DERECHO A LA UNIDAD FAMILIAR DE PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN PRIVADAS DE LA LIBERTAD-No ha sido desconocido por el INPEC

INPEC-Traslado de los condenados a penas privativas de la libertad a los distintos centros de reclusión del país

TRASLADO DE INTERNO-Línea jurisprudencial

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para controvertir orden de traslado de presos

INPEC-Facultad discrecional para el traslado de reclusos como responsable de la administración carcelaria

Observa la Sala que de las pruebas allegadas al proceso se deduce que la decisión del INPEC no se encuentra plenamente justificada y por el contrario, no se acompasa con los derechos fundamentales del niño, por quien se ha solicitado a las autoridades carcelarias el traslado de su madre a un centro de reclusión cercano a su familia. Por otro lado, la Corte tiene en cuenta la afectación del estado emocional del niño, quien presenta comportamientos inadecuados, que podrían requerir tratamiento psicológico para afrontar las vivencias en que se encuentra, por un lado la lejanía del padre y, por otro, la imposibilidad de mantener un contacto más frecuente con su madre. En este sentido, el juez constitucional debe atender el interés superior del niño, en relación con su derechos, como lo son el amor, la asistencia, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones más favorables y dignas, los

cuales han de ser garantizadas armónicamente tanto por la familia, como por la sociedad y el Estado.

ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Deber de posibilitar el contacto permanente con su grupo familiar cuando existen hijos menores de edad

Cabe señalar que los establecimientos carcelarios deben posibilitar que el interno mantenga contacto permanente con su grupo familiar, más aún, si dentro del mismo existen hijos menores de edad, todo ello para preservar, no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños. Por estos motivos deben propiciarse las condiciones necesarias para que los internos, dentro de las limitaciones propias de su situación, respondan por sus hijos y cuenten con el apoyo de su familia, en pro de su rehabilitación, y de esta manera alcanzar una reincorporación menos traumática a la vida extramuros.

ORDENES DE TUTELA-EI Inpec debe iniciar trámites para trasladar a madre de menor de edad a establecimiento carcelario cerca de su núcleo familiar

Acción de Tutela instaurada por Wilson Duque Cuellar, quien actúa en representación del niño Ken Nakashima Solarte contra el Centro de Reclusión de Mujeres Villa Cristina de Armenia.

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009)

La Sala Sexta de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En la revisión del fallo de tutela adoptado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Armenia, del 7 de mayo de 2009, mediante el cual revoca el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia, del 15 de abril del año en curso.

### 1. ANTECEDENTES

El señor Wilson Cuellar, en representación del niño Ken Nakashima Solarte presenta demanda ante el juez de tutela, para que se protejan los derechos fundamentales del niño a tener una familia y a no separarse de ella, presuntamente vulnerados por el Centro de Reclusión de Mujeres Villa Cristina de Armenia, al no permitir el traslado de su madre a la ciudad de Cali, lugar donde el niño se encuentra viviendo con unos familiares.

1. El niño Ken Nakashima Solarte, es hijo del señor Nakashima Seiichiro y de la señora Johana Solarte Montoya, nacido en Japón hace diez (10) años.

1. La señora Johana Solarte Montoya, se encuentra interna en el Centro de Reclusión de Mujeres Villa Cristina de Armenia, condenada a pena privativa de la libertad por el Juez Quinto Penal del Circuito de Armenia, Quindío, por el delito de trata de personas.

1. La señora Johana Solarte Montoya es madre cabeza de hogar, quien al momento de su captura en la ciudad de Cali, velaba por el sostenimiento y la manutención de su hijo menor Ken Nakashima Solarte, toda vez que su padre el señor Nakashima Seiichiro, de origen japonés, se encuentra domiciliado en el exterior y no responde, ni económica, ni afectivamente por el niño.

1. Desde el momento de la judicialización de la señora Solarte, el niño Ken Nakashima Solarte, se encuentra al cuidado de Martha Jurado y Leonardo Chilamar, quienes son familiares de la reclusa por afinidad, en la ciudad de Cali.

1. Los altos costos del desplazamiento del niño, en compañía de una persona adulta al lugar de reclusión de su madre, impiden visitarla con la frecuencia autorizada por el penal, hecho que viene ocasionando al menor un daño moral, de gran magnitud y consideración, al no poder compartir más tiempo con su madre.

1. El niño Ken Nakashima Solarte, presenta comportamientos inadecuados, ajenos a su normal salud mental, por lo que requiere tratamiento psicológico.

1. La señora Johana Solarte Montoya, solicitó el traslado de su lugar de reclusión en la ciudad de Armenia, a la ciudad de Cali, pero aún sigue reclusa en la cárcel de Villa Cristina de Armenia, Quindío.

#### 1. TRASLADO Y CONTESTACION DE LA DEMANDA.

Radicada la acción de tutela, el 30 de marzo de 2009 el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia, la admitió y ordenó correr traslado a la Directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mujeres Villa Cristina en la ciudad de Armenia, Quindío, y a la Dirección General del Inpec.

1. La Directora del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario de Mujeres Villa Cristina, INPEC, en su escrito manifestó:

1. Sostiene que la señora Johana Solarte en el mes de noviembre de 2008, solicitó ante la dirección de la Cárcel de Mujeres Villa Cristina, el traslado a la ciudad de Cali por acercamientos familiares, a lo cual se le contestó que la Dirección no es competente para ordenar el traslado de internas, sin embargo, se profirió un oficio a la oficina de Trámites Administrativos de la Dirección General del Inpec, remitiendo la documentación pertinente para que dicha instancia decidiera sobre su petición.

2. Posteriormente, mediante oficio emanado de la oficina de Asuntos Penitenciarios, responden informando que la solicitud de traslado de la interna Johana Solarte Montoya, será sometida a estudio de la Junta Asesora de Traslados, oficio notificado a la interna el día 29 de enero del año en curso.

3. Afirma, que el establecimiento ha realizado los trámites necesarios para cumplir con la petición elevada por la reclusa Johana Solarte Montoya, y argumentan que el Código Penitenciario y Carcelario establece que la competencia, única y exclusiva de tomar decisiones de traslado, está en cabeza de la Dirección General del Impec.

4. Aclara que el establecimiento ha cumplido con el procedimiento del sistema Penitenciario y carcelario, garantizando las visitas autorizadas de la señora interna Johana Solarte Montoya, con su hijo menor Ken Nakashima Solarte, establecidas para el primer y tercer domingo de cada mes, por ser un niño menor de 12 años, hecho que desvirtúa la vulneración de sus derechos fundamentales.

5. Anexa como pruebas: 1) Copia de la solicitud de traslado presentada por la señora Johana Solarte Montoya; 2) Formato donde se conceptúa favorablemente la petición; 3) Copia dirigida al INPEC remitiendo la solicitud; 4) Listado de hijos menores registrados en el establecimiento carcelario; 5) documento remitido por el INPEC, donde se informa que la solicitud se someterá a estudio, y 6) notificación personal a la reclusa.

## 1. PRUEBAS Y DOCUMENTOS.

En el expediente, obra como pruebas, entre otros, los siguientes documentos.

1. Copia del registro civil del niño Ken Nakashima Solarte.

1. Copia del fallo condenatorio expedido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Armenia, contra la señora Johana Solarte Montoya.

1. DECISIONES JUDICIALES.

1. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA - JUZGADO TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE ARMENIA.

En primera instancia, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia, en sentencia proferida el quince (15) de abril de 2009, concedió el amparo de los derechos fundamentales invocados.

1. Consideraciones.

Explicó que el artículo 44 de la Carta Política consagra los derechos fundamentales de los niños, entre los que se encuentra, el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, y corresponde a la familia, la sociedad y el Estado asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Argumentó, que si bien es cierto, que la señora Johana Solarte Montoya fue condenada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito a pena privativa de la libertad por 160 meses, y fue recluida en la Cárcel Villa Cristina en Armenia, también es cierto, que el niño no debe sufrir en su integridad las consecuencias del comportamiento contrario a derecho en

que incurrió su madre, teniendo en cuenta, que su padre se encuentra viviendo en Tokio-Japón, y que, por lo mismo no puede compartir con éste.

Agregó, que es obligación del Estado disponer de lo pertinente para hacer menos gravosa la situación del niño, ordenando el traslado de su madre, para que éste pueda compartir con ella, y así hacer efectivos sus derechos fundamentales, que se obstaculizan mientras la madre siga en la ciudad de Armenia. Esto, por cuanto no se puede realizar el desplazamiento desde la ciudad de Cali, si no se cuenta con los recursos económicos del niño y de su acompañante.

Manifiesta que de las razones anotadas, se infiere que se le están vulnerando los derechos fundamentales al niño Ken Nakashima Solarte, por lo que se debe acceder al amparo solicitado.

#### 1. Impugnación del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC.

La Dirección del INPEC, impugnó el fallo de Primera Instancia, argumentando el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, que establece que la responsabilidad en la ejecución de la sanción penal impuesta y ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la vigilancia del INPEC en coordinación con el juez de ejecución de penas, así como disponer el establecimiento de reclusión; por esta razón, se dispuso que la señora Johana Solarte Montoya, cumpla su condena en la Reclusión de Mujeres de Armenia, por cuanto ofrece las condiciones de seguridad requeridas por la condena impuesta.

Sostiene, que el Centro de Reclusión de Mujeres de Armenia no ha vulnerado los derechos fundamentales del niño Ken Nakashima Solarte, toda vez que dentro del horario de visitas, siempre se ha permitido su ingreso.

Agrega, que la solicitud de traslado de la reclusa a la ciudad de Cali, fue resuelta negativamente por el Grupo de Asuntos Penitenciarios y Carcelarios - Dirección Nacional del INPEC, al considerar que el establecimiento donde actualmente se encuentra la señora Solarte, está acorde con su situación jurídica, y que además, el acercamiento familiar no

se encuentra señalado como causal de traslado. De otro lado, sostiene que la cárcel de Cali tiene un 14.6% de nivel de hacinamiento, motivo por el cual no se autoriza el traslado.

## 1. DECISION DE SEGUNDA INSTANCIA. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARMENIA.

La segunda instancia revocó el fallo de amparo proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, por verificarse la existencia de un hecho superado, dado que el derecho de petición fue tramitado, lo que torna improcedente la acción de tutela.

Los argumentos del “ad-quem”, consistieron básicamente en:

Dice, que el juez de instancia motivó su fallo hacia la posibilidad de ordenar al INPEC el traslado de la señora Johana Solarte Montoya, a la ciudad de Cali, para garantizar los derechos de su hijo y concederle el amparo solicitado; en ese sentido, el establecimiento penitenciario tramitó la solicitud del traslado.

Sostiene, que a través de la sentencia de primera instancia, se protegió implícitamente el derecho de petición, y el hecho, de haberse dado respuesta por parte del INPEC a la solicitud de traslado de la interna, da lugar a un hecho superado y, por lo tanto, se hace improcedente la acción.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

### 1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD.

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución, es competente para revisar los fallos de tutela adoptados en el proceso de esta referencia.

## 1. PROBLEMA JURIDICO.

En la presente ocasión, la Corte determinará si efectivamente se vulneran los derechos del niño, cuya madre se encuentra recluida en un establecimiento carcelario en un lugar distante, imposibilitada de entrar en contacto con su hijo, causándole grave afectación emocional, y quien, además, se encuentra al cuidado de personas ajenas, ya que el padre reside en un país extranjero.

Para la toma de una decisión, se deberá precisar: (i) Si la tutela procede a través de apoderado en representación del niño, teniendo en cuenta que el padre se encuentra en el exterior y la madre está recluida en un establecimiento carcelario, lejos de la residencia del niño; (ii) la protección de los derechos fundamentales de los niños, en especial la garantía a tener una familia y a no ser separados de ella; (iii) el alcance de la restricción de la unidad familiar en los casos de reclusos; (iv) la naturaleza y los límites de la facultad de trasladar presos, en cabeza de las autoridades carcelarias desarrollada por la jurisprudencia constitucional y (v) el caso concreto.

1. Se analiza, en primer término, si es procedente la tutela en representación de un niño, teniendo en cuenta que el padre se encuentra en el exterior y la madre está recluida en un establecimiento carcelario lejos de la residencia de su hijo.

El inciso 2º del artículo 44 de la Carta Política, señala: “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.”

Siguiendo esta orientación, la Corte Constitucional se ha pronunciado en razón a que cualquier persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre del niño o de la niña, siempre y cuando en el escrito o petición conste la inminencia de la violación de sus derechos fundamentales, y/o la ausencia de representante legal. Este último requisito se ha establecido con el fin de evitar intervenciones ilegítimas o inconsultas.

En este orden de ideas, la Corte ha expresado:

“A juicio de la Corte, el artículo 44 de la Carta no tiene el alcance que el actor pretende darle. Ni la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, ni la facultad de exigir a la autoridad competente el cumplimiento de la obligación de asistirlo y protegerlo, tornan innecesaria la condición que la ley impone para agenciar derechos ajenos. El requisito de manifestar en la petición los motivos que imposibilitan al titular promover la defensa de sus derechos, pretende cerrarle el paso a actuaciones inconsultas o injustificadas en nombre de otro, y, en sí mismo, no representa una carga irracional o desproporcionada que impida al interesado interponer la correspondiente acción de tutela. La ausencia de los representantes legales del menor, o la inminencia del daño a sus derechos fundamentales, son circunstancias, entre otras, cuya mención en el escrito de tutela bastaría para habilitar el agenciamiento de sus derechos.”<sup>1</sup>

Esta previsión del artículo 44 de la Constitución, cobra mayor significación, en aquellos casos cuando la vulneración de los derechos fundamentales del menor, proviene de la acción u omisión de uno de sus progenitores, dada la desprotección o indefensión del menor en estas circunstancias.

La situación de indefensión, constituye uno de aquellos eventos en ocurrencia del cual, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, autoriza la procedencia de la acción de tutela.

Por la anterior razón, en el caso sub-lite, el apoderado ha invocado la protección del niño en un alto grado de vulnerabilidad, al estar separado de su progenitora, lo que hace perfectamente viable la presentación de la acción de tutela a través de representante ante la ausencia del padre y la pérdida de libertad de la madre.

1. Los derechos fundamentales de los niños en especial el de tener una familia y a no ser separados de ella.

Los derechos fundamentales de los niños los establece el artículo 44 de la Carta Política; entre ellos se encuentran “la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados

de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.”

Ahora bien, la Norma Superior, dentro del marco del Estado Social de Derecho, ha establecido que los niños y las niñas, gozan de una protección constitucional especial<sup>2</sup>, derivada precisamente de la situación de indefensión y vulnerabilidad a la que se encuentra sujeta la población infantil.

Sobre el particular, la Convención sobre Derechos de los Niños, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, tratan a los niños como sujetos activos, frente a los cuales los Estados tienen un deber especial de protección.

Esta Corporación, ha enfatizado la prevalencia de los derechos superiores de los niños, y ha considerado que una de las principales manifestaciones de este precepto constitucional, es el principio de preservación del interés superior del menor.<sup>3</sup> La norma constitucional, refleja un principio ampliamente aceptado por el derecho internacional,<sup>4</sup> consistente, en que al menor de edad se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica como sujeto de especial protección, de forma tal, que se garantice su desarrollo integral y armónico, como miembro de la sociedad. En la Sentencia T-510 del 19 de junio de 2003<sup>5</sup>, la Corte consideró, en relación con el referido concepto:

“¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso

y de cada niño en particular. Esta Corte ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional<sup>6</sup>, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal.

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.”

En este sentido, cada asunto particular que involucre la protección del derecho prevaleciente e interés superior del niño, debe estudiarse de acuerdo con las consideraciones individuales y características para cada caso, teniendo en cuenta los derechos propios del menor de edad, como lo son el amor, la asistencia, el cuidado y la protección debida al desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones más favorables y dignas para su desarrollo psicosocial.

En lo relacionado con el derecho a la unidad familiar, el artículo 44 establece claramente que los niños tienen “derecho a una familia y a no ser separados de ella”.

Por su parte, el artículo 9 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que los niños tengan derecho a conocer a sus padres, así como a su cuidado y a no ser separados de los mismos, excepto cuando las circunstancias lo exijan, con el objeto de conservar el interés superior del menor de edad. Allí se establece:

Artículo 9 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Por otro lado, el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 22, establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una familia y a crecer en su seno, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella. Adicionalmente, consagra que solo

podrán ser separados de ella, cuando la familia no les garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos, conforme a los procedimientos establecidos para cada caso concreto.

Igualmente, la jurisprudencia destaca que la única excepción que admite este derecho fundamental es la originada en el interés superior del menor de edad. Sobre este aspecto manifestó la Corte:

“Uno de tales tratados, aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991 y ratificado el 27 de febrero del mismo año, es la Convención sobre los Derechos del Niño, que se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En su artículo 9º establece: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.<sup>7</sup>

En esencia, como principio general, el derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, tiene un status fundamental, tanto en la Carta como en los convenios internacionales. Así tenemos, que aunque se acepta que la reclusión de uno de los miembros de la familia es una restricción legítima del derecho de los niños a estar con sus padres, esta medida debe estar acorde con los postulados constitucionales.

De la misma manera, la jurisprudencia constitucional ha estudiado el alcance de la restricción de la unidad familiar en los casos de los reclusos, especialmente cuando esta disposición entra en conflicto con el interés superior del menor de edad.

### 3.2.3. El alcance de la restricción de la unidad familiar en los casos de los reclusos.

Las personas privadas de la libertad se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad que impone determinados deberes al Estado, los cuales surgen de la Constitución, de la ley y de la jurisprudencia constitucional.

“ARTÍCULO 5o. RESPETO A LA DIGNIDAD HUMANA. En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral.”

Igualmente, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada, que, si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos quedan suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas encargadas de los presos.

En relación con la protección de los derechos fundamentales de los presos se ha dicho que existe: “(i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación), (ii) la imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros), (iii) el deber positivo<sup>8</sup> en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no

fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos y (iv) el deber positivo<sup>9</sup> en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias<sup>10</sup> que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos.”<sup>11</sup>

La Corte Constitucional también sostiene, que este deber especial no implica simplemente que el Estado no pueda interferir en la esfera de desarrollo de los derechos de los reclusos, sino que debe emplear todos los medios para garantizar a los internos el pleno goce de prerrogativas como la dignidad, la salud, la alimentación, el trabajo, etc. Esto, por cuanto su situación de reclusos a cargo del Estado, les impide la satisfacción, por cuenta propia, de una serie de necesidades mínimas.<sup>12</sup>

Ahora bien, las limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos, deben ser las estrictamente necesarias para lograr los fines del establecimiento carcelario, la resocialización de los internos y la conservación de la seguridad, el orden y la disciplina dentro de las cárceles. Por otro lado, la Corte ha establecido en lo que toca con la restricción de los derechos fundamentales por parte de las autoridades carcelarias, que estas facultades “deben estar previamente consagradas en normas de rango legal<sup>13</sup>, y tienen que ser ejercidas conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. En la Sentencia T-596 de 1992, reiterada por providencias posteriores, consideró la Corporación:

“Según esto, si bien es cierto que la condición de prisionero determina una drástica limitación de los derechos fundamentales, dicha limitación debe ser la mínima necesaria par lograr el fin propuesto. Toda limitación adicional debe ser entendida como un exceso y, por lo tanto, como una violación del tales derechos. La órbita de los derechos del preso cuya limitación resulta innecesaria, es tan digna de respeto y su protección

constitucional es tan fuerte y efectiva como la de cualquier persona no sometida a las condiciones carcelarias. Los derechos no limitados del sindicado o del condenado, son derechos en el sentido pleno del término, esto es, son derechos dotados de poder para demandar del Estado su protección.<sup>14</sup>

En razón de lo expuesto, la jurisprudencia constitucional señala que dentro de las restricciones legítimas de los derechos fundamentales que deben soportar los reclusos, se encuentra la de la unidad familiar, como consecuencia misma del aislamiento penitenciario.

La Corte ha manifestado en otras oportunidades: “las personas privadas de la libertad, representan una de las limitaciones a la unidad familiar, atendiendo a que la familia se considera una comunidad de vida y convivencia plena, así el aislamiento de uno de sus miembros, como infractor de la ley penal, comporta de suyo la correlativa pérdida de la libertad y a su vez afecta de manera inminente la estabilidad de su núcleo familiar”.<sup>15</sup>

Sin embargo, a pesar de encontrarse limitada esta garantía, la misma no se suspende, y, por tanto, las restricciones deben ser acordes con los fines de la pena, especialmente con su carácter resocializador. En estos términos, la Corte ha ponderado el derecho de las autoridades carcelarias con el derecho de los reclusos de mantener sus vínculos familiares, por cuanto considera que la familia juega un papel preponderante en la reincorporación social del delincuente.

En este sentido afirma: “dicho vínculo filial representa la mayoría de las veces su contacto con el mundo mas allá del establecimiento donde se encuentran reclusos, más si se tiene en cuenta que el núcleo familiar será en la mayoría de los casos el lugar donde cada individuo retomará su vida por fuera del penal.”<sup>16</sup> En consecuencia, tanto para el legislador, como para la jurisprudencia constitucional debe garantizarse plenamente la posibilidad para el recluso de mantener comunicación oral, escrita y afectiva con sus familias.

El ordenamiento jurídico establece mecanismos para mitigar, hasta donde ello resulta posible, los efectos del resquebrajamiento de la unidad familiar por la reclusión de uno de sus integrantes. Así, los internos pueden recibir visitas de familiares y amigos y comunicarse con ellos, sometiéndose a las normas de seguridad y disciplina previamente establecidas y también, llegado el caso y dentro de las correspondientes condiciones, gozar de permisos los fines de semana, incluyendo el subsiguiente día festivo, con el fin de afianzar la unidad familiar y procurar su readaptación social; la normas penitenciarias prevén, además, la organización de cuerpos de voluntariado con el fin de atender las necesidades de los internos y de sus familias y que el Estado preste un servicio pospenitenciario que procure la integración de la persona liberada a su familia y a la sociedad -artículos 110, 111, 147B, 157 y 159 de Ley 65 de 1993-.

En punto a la preservación y afianzamiento de la relación paterno filial, sin perjuicio de la reclusión del progenitor, desde la perspectiva del derecho superior de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, el artículo 153 de la Ley 65 de 1993 dispone que los hijos de las internas podrán permanecer con ellas hasta la edad de tres años, a la vez que ordena al INPEC establecer condiciones para el efecto y el artículo 1° de la Ley 750 de 2002 señala que la mujer cabeza de familia cumplirá la pena privativa de la libertad “en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez (..)”, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la disposición.

Así, en la Sentencia T-274 del 17 de marzo de 200517 la Corporación consideró que en el proceso de resocialización de los internos, debe considerarse la participación de la familia y el contacto permanente con la misma, de manera que deberá procurarse el mantenimiento de los vínculos filiales del recluso. Al respecto expuso:

“Para esta Corporación, la importancia que reviste la presencia activa de la familia durante el periodo de reclusión de las personas condenadas es indudable. Motivos de índole jurídica, psíquica y afectiva así lo indican. Entre ellas, si no la más inmediata, sí una de las más relevantes, es la presencia de vínculos afectivos luego de superada la etapa de aislamiento que permita la materialización del principio de solidaridad respecto de la persona que ha recobrado la libertad. La admisibilidad de este postulado encuentra respaldo en el argumento normativo que se desprende del sistema progresivo penitenciario, que cuenta entre sus supuestos el de la presencia de la familia en el proceso de resocialización del interno.

9. Igualmente, el concurso de la familia para adelantar un proceso exitoso de resocialización está fuertemente vinculado con la eficacia de otros derechos fundamentales del recluso. La posibilidad de mantener comunicación oral y escrita con personas fuera del penal, de conservar una vida sexual activa permitirán, las más de las veces, una reincorporación menos traumática al mundo de la vida fuera de la cárcel. Lo anterior está además asociado con las garantías básicas de la dignidad humana, la libertad y la intimidad personal (estas últimas con sus obvias limitaciones). (..)”.

No obstante, en determinadas circunstancias, la presencia permanente de la familia como facilitadora del proceso de resocialización no es posible. Esto se da, entre otras circunstancias, cuando el interno es trasladado a un centro penitenciario alejado del lugar de residencia de su familia y la misma no tiene la posibilidad de movilizarse con regularidad al nuevo lugar de internamiento. En estos casos, el derecho a la unidad familiar sufre otra limitación importante y puede entrar en conflicto con algunos derechos, no sólo del interno sino del mismo núcleo familiar.

3.2.4. La facultad de trasladar internos radica en cabeza del INPEC. Línea jurisprudencial

De conformidad con el artículo 73 de la ley 65 de 1993, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, “[c]orresponde 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”.

El artículo 75 del mismo ordenamiento señala las causales de traslado en los siguientes términos:

“Artículo 75.- Causales de traslado. Son causales del traslado, además de la consagradas en el Código de Procedimiento Penal:

1. Cuando así lo requiera el estado de salud, debidamente comprobado por médico oficial.
2. Falta de elementos adecuados para el tratamiento médico.
3. Motivo de orden interno del establecimiento.
4. Estímulo de buena conducta con la aprobación del Consejo de Disciplina.
5. Necesidad de descongestión del establecimiento.
6. Cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad.

Parágrafo. Si el traslado es solicitado por el funcionario de conocimiento indicará el motivo de éste y el lugar a donde debe ser remitido el interno.”

En la sentencia C-394 de 1995<sup>18</sup>, la Corte juzgó la constitucionalidad de los artículos 72, 73 y 77, entre otros, de la Ley 65 de 1993, referidos a la determinación del lugar para purgar la pena y a la facultad del INPEC de trasladar a los reclusos. La Corte declaró la exequibilidad de estos artículos y manifestó al respecto:

“El inciso segundo del artículo 16, será declarado exequible, por cuanto, como ya se ha dicho, el director del INPEC puede ordenar traslados en circunstancias especiales, teniendo en cuenta que el caso del inciso sub lite siempre remite a las necesidades. No es el capricho del director, sino las necesidades las que determinan que opere una facultad que perfectamente puede otorgar la ley.”

Es decir, la facultad de traslado de presos tiene naturaleza discrecional. Por ello, en principio, tal naturaleza impide que el juez de tutela interfiera en la decisión. Sin embargo, la discrecionalidad no se traduce en arbitrariedad, y por tanto, ésta debe ser ejercida dentro de los límites de la razonabilidad y del buen servicio de la administración.

En otras palabras, la discrecionalidad es relativa porque, tal y como lo ha sostenido esta Corporación, no hay facultades puramente discrecionales en un Estado de Derecho<sup>19</sup>. Por ello, la Corte al resolver esta clase de conflictos, ha dicho que el juez de tutela 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.

En este sentido, la regla general ha sido el respeto de la facultad discrecional del INPEC, a

menos que se demuestre que su ejercicio fue irrazonable o se desconocieron ciertos derechos fundamentales.

Luego, en la Sentencia T-705 del 19 de diciembre de 1996<sup>20</sup>, ante la inconformidad de un recluso de ser trasladado de patio y de cárcel, la Corte dijo que esta facultad discrecional no puede ser arbitraria y no puede desconocer derechos fundamentales de los reclusos. En ese sentido consideró: “La discrecionalidad legal del traslado, impide que el juez de tutela interfiera en tal decisión, siempre y cuando la misma no sea arbitraria y no vulnere o amenace derechos constitucionales fundamentales que no puedan ser limitados o suspendidos, ni siquiera estando en la condición de reo, como lo serían el derecho a la vida, la integridad física y la salud, entre otros. La situación particular de los accionantes -convictos-, implica necesariamente la limitación o restricción de ciertos derechos, entre ellos el referido a la unidad o acercamiento familiar, el cual debe ceder razonablemente frente al interés general, representado en este caso en la seguridad del establecimiento carcelario y la integridad personal de los demás reclusos.”

En la Sentencia T-611 del 19 de mayo de 2000<sup>22</sup>, la Corporación abordó el caso de un recluso que había sido trasladado de la penitenciaría La Picota a la Cárcel Nacional Modelo. Decisión que el interno señalaba de irregular por cuanto, a su juicio, se ponía en peligro su vida. La Corte estimó que “aunque a los internos les asiste la facultad de ser reclusos en lugares donde se les garantice la vida y la integridad física, son las autoridades penitenciarias y no las partes, de conformidad con la Constitución y la ley, las que deben indicar el sitio de reclusión que se adecue a esas expectativas”. En el caso concreto, la Sala de Revisión consideró que el lugar de reclusión del actor -una habitación en el pabellón de alta seguridad de la Cárcel Nacional Modelo- no vulneraba su derecho a la dignidad y, por otra parte, garantizaba su derecho a la integridad personal y a la seguridad, por lo cual confirmó el fallo que había negado el amparo constitucional. No obstante, ordenó al director del INPEC y al director de la referida cárcel que,

conforme a los estudios de riesgo y seguridad pertinentes, evaluara el traslado del demandante a otro centro penitenciario o, en su defecto, tomaran todas las medidas necesarias para evitar atentados contra su vida.

La negativa de ordenar el traslado, a través de acción de tutela, por considerarse que es parte de la facultad discrecional del INPEC ha sido reiterada, entre otras, en las Sentencias T-1168 del 4 de diciembre de 2003<sup>23</sup>, T- 439 del 1 de junio de 2006<sup>24</sup>, T-537 del 13 de julio de 2007<sup>25</sup> y T-894 del 25 de octubre de 2007<sup>26</sup>. En ellas se ha considerado que el ejercicio de la facultad ha estado procedida de un fundamento razonable por parte de las autoridades carcelarias. Sin embargo, esta Corporación ha concedido el amparo en los casos en que la actuación de las autoridades carcelarias son arbitrarias o están de por medio derechos fundamentales de tal jerarquía ante los cuales debe ceder el ejercicio de la facultad discrecional, especialmente cuando está de por medio el interés superior de un menor de edad, que de conformidad con lo expuesto goza de prevalencia en el marco constitucional

La protección del interés superior del menor, es una de las excepciones contempladas por la jurisprudencia en relación con la regla general de respeto de las facultades discrecionales del INPEC en el traslado de presos. Las tres sentencias que se exponen a continuación, configuran una línea jurisprudencial sobre el tema.

En la Sentencia T-1275 del 6 de diciembre de 2005<sup>27</sup>, la Corporación estudió el amparo interpuesto por la abuela de tres niños cuya madre los abandonó y cuyo padre fue condenado por homicidio agravado a pagar 25 años de prisión. El recluso fue trasladado de la cárcel de Florencia, Caquetá hacia la Penitenciaría de Alta y Mediana Seguridad de Girón, Santander. A partir del momento de la captura los niños no habían podido ver a su padre debido a sus escasos recursos económicos. La Corte señaló que “dadas las circunstancias del caso, a saber, el abandono de los niños por parte de la madre; la carencia de medios económicos para poder visitar al padre; el sufrimiento de los

niños por no poder ver a su padre y, en suma, la urgencia de reestablecer la comunicación y el contacto entre el padre y los niños, la renuencia del INPEC a conceder el traslado del señor Silva a una cárcel más cercana al lugar de residencia de sus hijos, vulnera de manera grave los derechos de los niños y desconoce, también, el derecho del mismo señor Silva a que se protejan los vínculos con su familia, tan significativos para que tenga lugar su resocialización y, en este mismo sentido, su posibilidad de prepararse para la vida en libertad.” Expresó la Corporación:

“En conclusión, existe para la Corte una especial relación entre las condiciones necesarias para mantener el contacto con la familia y los derechos a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad, a tener y conservar una familia de que son titulares las personas privadas de la libertad. Situación que cobra una especial dimensión una vez revisadas las características del sistema progresivo penitenciario, la función resocializadora de la pena, y los deberes de prestación que surgen para el Estado en el caso de las relaciones de especial sujeción<sup>28</sup>.”

Posteriormente, en la providencia T-599 del 27 de julio de 2006<sup>29</sup>, la Corte, a pesar de no acceder directamente a la petición de traslado que se pretendía a través de la acción de tutela, por cuanto no se había tramitado ante la autoridad competente, requirió al INPEC para que diera prioridad a los derechos de los hijos menores de edad de un recluso. Consideró la Corte: “las autoridades carcelarias serán advertidas sobre sus deber de hacer prevalecer los derechos de los niños, en los términos de los artículos 2º, 4º y 44 constitucionales y de procurar el acercamiento del interno a su grupo familiar, con miras a su resocialización.

Lo anterior si se considera que la sociedad y el Estado están en el deber de garantizar la preservación de la unidad familiar y propender por el desarrollo integral de niños y adolescentes, al punto que la normatividad carcelaria prevé el derecho de los menores a permanecer en el lugar de reclusión, el ordenamiento considera la prisión domiciliaria,

con el fin de permitir a los padres hacer frente a la responsabilidad de velar por los menores y hacer realidad el derecho de los mismos a su amor y cuidados y las normas carcelarias destacan el acercamiento familiar, como asunto de trascendental importancia en el proceso de resocialización del interno.”

En la Sentencia T-566 del 26 de julio 200730, la Corte Constitucional accedió a la solicitud del traslado interpuesta por la madre de una menor de edad que se encontraba recluida al igual que su esposo. La accionante solicitaba que los dos progenitores fueran ubicados en cárceles de la misma ciudad y la Sala de Revisión sostuvo que “partiendo de las circunstancias individuales, que rodean el asunto bajo estudio, y en pro de evitar un deterioro mayor en la estabilidad de la menor, la que debe ser atendida por su familia, la sociedad y el Estado, con todo lo que envuelve su situación personal, y de esta manera impedir que aumente la inestabilidad en que se ha visto inmersa, a raíz de la detención de sus dos progenitores, situación que no solamente afecta la unidad familiar de su núcleo sino su desarrollo integral, se tutelaré el derecho a la unidad familiar del actor y el derecho a tener una familia y no ser separado de ella a la infante Karen Dayana González.”

Y por último, la Corte Constitucional en sentencia T-435 de 200931 determinó que la orden de traslado del INPEC se encuentra dentro del ámbito del ejercicio discrecional de la institución. Al respecto manifestó:

“... el traslado de reclusos es una facultad discrecional del INPEC como encargado de la administración carcelaria. Sin embargo, en el Estado Social de Derecho no existen facultades absolutamente discrecionales y existe una clara diferenciación con la arbitrariedad. Así, aunque la misma no está sujeta a una reglamentación detallada y le es posible a la Administración, escoger entre varias opciones posibles, el ejercicio de las facultades discrecionales debe ser utilizado para los buenos fines del servicio.”

En la misma sentencia, ordenó el traslado de un recluso a un establecimiento penitenciario del Departamento de Antioquia, cercano al lugar de residencia de su familia, con el fin de permitirle el contacto permanente con su hija menor de edad y con su núcleo familiar. En ella expresó:

“...Cabe señalar que los establecimientos carcelarios deben posibilitar que el interno mantenga contacto permanente con su grupo familiar, más aun si dentro del mismo existen hijos menores de edad, todo ello en procura de preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños. Por estos motivos deben propiciarse las condiciones necesarias para que los internos, dentro de las limitaciones propias de su situación, respondan por sus hijos y cuenten con el apoyo de su familia, en pro de su rehabilitación, y de esta manera alcanzar una reincorporación menos traumática a la vida extramuros.

Es así, como respecto a estas situaciones la Corte ha resaltado que las autoridades carcelarias tienen el deber de evitar a los detenidos y a sus familias sufrimientos innecesarios y daños irreparables, más aún cuando las medidas afectan a los niños. ...”

Se concluye entonces que, a pesar de haber establecido la jurisprudencia que por regla general la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para atacar los actos de las autoridades carcelarias que disponen el traslado de presos, situaciones excepcionales, especialmente cuando se encuentra de por medio el interés superior de un menor de edad, ameritan que las autoridades carcelarias estudien de fondo las solicitudes en atención de sus intereses, siempre y cuando sea posible hacerlo. De lo contrario, el juez de tutela podría, analizadas las circunstancias del caso concreto, estudiar la razonabilidad de la medida.

### 3.3. CONSIDERACIONES SOBRE EL CASO CONCRETO

En el caso objeto de estudio y de conformidad con las pruebas allegadas, se encuentran establecidos los siguientes hechos:

El señor Wilson Duque Cuéllar, actuando en representación del niño Ken Nokashima Solarte, interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a tener una familia y a no separarse de ella.

El niño Ken Nokashima Solarte, tiene 10 años y es hijo de la señora Johana Solarte Montoya, quien se encuentra recluida en el Centro de Reclusión de Mujeres Villa Cristina en la ciudad de Armenia y condenada a pena privativa de la libertad por el delito de trata de personas.

El señor Nakashima Seiichiro de origen japonés, padre del niño, no vive en el país y no responde ni económica ni afectivamente por su hijo, quien vive en Cali al cuidado de familiares por afinidad de la reclusa, quienes son personas de escasos recursos.

En el presente caso, se ha invocado la protección del derecho fundamental del niño Ken Nokashima Solarte, a no ser separado de su madre. La persona que presenta la acción de tutela, es un ciudadano que invoca la protección del niño, quien se encuentra en un alto grado de vulnerabilidad, por cuanto su padre no reside en el país y su progenitora se encuentra privada de la libertad en un sitio de reclusión distante del lugar donde vive el hijo, hecho que hace perfectamente viable la presentación de la solicitud de amparo.

A las consideraciones anteriores se agrega que la reclusa es madre cabeza de familia y, tanto ella, como las personas que cuidan del niño, no cuentan con los recursos necesarios para sufragar los gastos de su desplazamiento de la ciudad de Cali a la ciudad de Armenia, donde se encuentra recluida. Además, como el niño no puede viajar solo, siempre requiere la compañía de un adulto para hacerlo.

Ante la petición de traslado de la señora Solarte, la directora del Establecimiento Carcelario de Mujeres Villa Cristina, manifestó que no es competente para resolver la solicitud de traslado, y la remitió a la Dirección General del INPEC, por competencia.

Así las cosas, la oficina de Asuntos Penitenciarios del INPEC, informó que la solicitud de

traslado de la reclusa, será sometido a estudio por la Junta Asesora de Traslados. En la impugnación hecha por el INPEC contra el fallo de primera instancia, sostuvo que la reclusa permanecerá en la cárcel de Armenia, por cuanto allí se ofrecen las condiciones de seguridad que amerita la condena impuesta, y que la cárcel de Cali se encuentra con un nivel de hacinamiento del 14.6%.

Es preciso señalar, que el niño Ken Nokashima Solarte, viene presentando comportamientos inadecuados que no están acordes con su edad, por lo que podría requerir tratamientos psicológicos, posiblemente como consecuencia de su readaptación en un lugar ajeno a su crianza inicial, a la ausencia del padre, y, a tener que soportar el comportamiento contrario a derecho en que incurrió su madre, y que por el cual, se encuentra privada de la libertad.

En consecuencia, en esta oportunidad corresponde a la Sala determinar si en el caso concreto, la orden de traslado del INPEC se encuentra dentro del ámbito del ejercicio discrecional en cabeza de la entidad, o si por el contrario, tal facultad ha sido utilizada en forma arbitraria, violando los derechos fundamentales del niño quien goza de especial protección constitucional.

En primer lugar, tal y como se expuso en la parte motiva de la presente providencia, el traslado de reclusos es una facultad discrecional del INPEC como responsable de la administración carcelaria. Sin embargo, en el Estado Social de Derecho no existen facultades absolutamente discrecionales y se da una clara diferenciación con la arbitrariedad. Así, aunque la misma no está sujeta a una reglamentación detallada y le es posible a la Administración escoger entre varias opciones posibles, el ejercicio de las facultades discrecionales debe ser utilizado para los buenos fines del servicio.

En efecto, el artículo 123 Superior establece expresamente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. De la misma manera, el artículo 209 define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se

encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial.

Observa la Sala que de las pruebas allegadas al proceso se deduce que la decisión del INPEC no se encuentra plenamente justificada y por el contrario, no se acompasa con los derechos fundamentales del niño, por quien se ha solicitado a las autoridades carcelarias el traslado de su madre a un centro de reclusión cercano a su familia.

Por otro lado, la Corte tiene en cuenta la afectación del estado emocional del niño, quien presenta comportamientos inadecuados, que podrían requerir tratamiento psicológico para afrontar las vivencias en que se encuentra, por un lado la lejanía del padre y, por otro, la imposibilidad de mantener un contacto más frecuente con su madre.

En este sentido, el juez constitucional debe atender el interés superior del niño, en relación con sus derechos, como lo son el amor, la asistencia, el cuidado y la protección que demanda el desarrollo de su personalidad, en procura de alcanzar condiciones más favorables y dignas, las cuales han de ser garantizadas armónicamente tanto por la familia, como por la sociedad y el Estado.

Aunado a lo anterior, cabe señalar que los establecimientos carcelarios deben posibilitar que el interno mantenga contacto permanente con su grupo familiar, más aún, si dentro del mismo existen hijos menores de edad, todo ello para preservar, no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños. Por estos motivos deben propiciarse las condiciones necesarias para que los internos, dentro de las limitaciones propias de su situación, respondan por sus hijos y cuenten con el apoyo de su familia, en pro de su rehabilitación, y de esta manera alcanzar una reincorporación menos traumática a la vida extramuros.

Es así, como respecto a estas situaciones la Corte ha resaltado que las autoridades carcelarias tienen el deber de evitar a los detenidos y a sus familias sufrimientos innecesarios y daños irreparables, más aún cuando las medidas afectan a los niños.

Por todo ello, y por las especiales circunstancias que rodean el caso del niño Ken Nokashima Solarte, esta Sala de Revisión ordenará el traslado de la señora Johana Solarte, a un establecimiento penitenciario de la ciudad de Cali, Departamento del Valle del Cauca, para que el niño pueda estar en mayor contacto con su progenitora.

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

#### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, del 7 de mayo de 2009, y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales del niño Ken Nokashima Solarte, a la unidad familiar y a tener una familia y a no ser separada de ella.

SEGUNDO: ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario- INPEC, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de este fallo, proceda a iniciar el trámite pertinente para llevar a cabo el traslado de la señora Johana Solarte Montoya al respectivo establecimiento penitenciario de la Ciudad de Cali, para permitirle el contacto permanente con su hijo Ken Nokashima Solarte, y con su núcleo familiar. Dicho trámite no podrá exceder de diez (10) días.

TERCERO: Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, se harán las notificaciones y se tomarán las medidas conducentes para el cumplimiento de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO A LA SENTENCIA T-844 DE 2009

Referencia: expediente T-2296067

Acción de tutela instaurada por Wilson Duque Cuellar, quien actúa en representación del niño Ken Nakashima Solarte, en contra del Centro de Reclusión de Mujeres Villa Cristina de Armenia.

Magistrado Ponente:

Con el respeto acostumbrado, haré una exposición de los motivos que justifican la suscripción de una aclaración de voto respecto de la sentencia de la referencia, aún cuando comparto la decisión adoptada a través de la misma.

i) Contenido de la demanda

La acción de la referencia se inició para solicitar la guarda de los derechos del menor Ken Nakashima a tener una familia y a no ser separado de ella, que se estiman violados porque el Centro de Reclusión accionado se negó a autorizar el traslado de su madre a

un establecimiento cercano a Cali, lugar en el que reside el niño con unos parientes por afinidad porque su padre vive en el Japón. Se arguye, además, que debido a su precaria situación económica y la falta de disposición frecuente de un adulto que acompañe al menor, resulta difícil su traslado a la ciudad de Armenia para visitar a la madre. Por último, se puso de presente que el menor demuestra comportamientos inadecuados que, al parecer, tienen sustento en la ausencia de sus padres.

El problema jurídico fue formulado de la siguiente manera: “en la presente ocasión, la Corte determinará si efectivamente se vulneran los derechos del niño, cuya madre se encuentra recluida en un establecimiento carcelario en un lugar distante, imposibilitada para entrar en contacto con su hijo, causándole grave afectación emocional, y quien, además, se encuentra al cuidado de personas ajenas, ya que el padre reside en un país extranjero.”<sup>32</sup>

Para abordar este cuestionamiento, se expusieron consideraciones en relación con los puntos titulados: i) se analiza, en primer término, si es procedente la tutela en representación de un niño, teniendo en cuenta que el padre se encuentra en el exterior y la madre está recluida en un establecimiento carcelario lejos de la residencia de su hijo; ii) los derechos fundamentales de los niños en especial el de tener una familia y no ser separado de ella; iii) el alcance de la restricción de la unidad familiar en los casos de los reclusos y iv) la facultad de trasladar internos radica en cabeza del INPEC.

Los argumentos esbozados motivaron la defensa del principio de prevalencia del interés superior del niño frente a las facultades de las autoridades carcelarias en el caso de un menor alejado de todo vínculo familiar próximo. La decisión finalmente fue “(...) TUTELAR los derechos fundamentales del niño Ken Nokashima Solarte, a la unidad familiar y a tener una familia y a no ser separado de ella”, en consecuencia, “ORDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de este fallo, proceda a iniciar el trámite pertinente para llevar a cabo el traslado de la señora Johann Solarte Montoya al respectivo establecimiento penitenciario de la Ciudad de Cali, para permitirle el contacto”<sup>33</sup>

ii) Imprecisiones en cuanto a la legitimidad de la parte actora.

Si bien, la decisión debía estar orientada a la salvaguarda del interés superior del niño, propósito que requería el desplazamiento de un requisito formal como la acreditación de la legitimidad activa, la calidad del sujeto promotor del amparo debía ser precisada, asunto que en la sentencia resulta ambiguo.

De la lectura del fallo surgen dudas sobre la figura a través de la cual se interpone la acción, pues en el aparte en el que se formula el problema jurídico se afirma que el señor Wilson Duque, quien lo promueve, actuó como apoderado del menor, aunque al resolverse el caso concreto se habla de una simple representación. En efecto, en este primer aparte se incluyó el interrogante de “si la tutela procede a través de apoderado en representación del niño, teniendo en cuenta que el padre se encuentra en el exterior y la madre recluida en un establecimiento carcelario, lejos de la residencia del niño

(...)”<sup>34</sup>. Por el contrario, en la ratio de la sentencia se expone: “el señor Wilson Duque Cuéllas, actuando en representación del niño Ken Nokashima Solarte, interpuso acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a tener una familia y a no separarse de ella”. <sup>35</sup>

Para poder declarar la ocurrencia del fenómeno de apoderamiento judicial, como se hizo en el problema jurídico de la sentencia en cuestión, era necesario acreditar: i) la existencia de un acto jurídico formal, ii) materializado en un escrito denominado poder, iii) de naturaleza especial, iv) que no se puede hacer extensivo a la promoción de procesos distintos a los que le dan fundamento a la acción, v) y cuyo destinatario es un profesional del derecho habilitado con tarjeta

profesional.<sup>36</sup> Tal comprobación fue omitida en este fallo, en el que sin más se afirma la configuración del apoderamiento judicial.

En este mismo sentido, para validar la intervención del señor Duque Cuellar se invocó el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 a pesar de que el mismo regula la procedencia de la acción de tutela contra acciones u omisiones de particulares, norma no aplicable a este caso, dado que la demandada es una entidad pública: el Centro de Reclusión de Mujeres Villa Cristina de Armenia. Al respecto se sostuvo que:

“La situación de indefensión, constituye uno de aquellos eventos en ocurrencia del cual, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, autoriza la procedencia de la acción de tutela.

Por la anterior razón, en el caso sub-lite, el apoderado ha invocado la protección del niño en un alto grado de vulnerabilidad, al estar separado de su progenitora, lo que hace perfectamente viable la presentación de la acción de tutela a través de representante ante la ausencia del padre y la pérdida de la madre.”<sup>37</sup> (Subrayas fuera del texto original)

Así, se incurrió en una imprecisión al invocar, para efectos de sustentar la interposición de una acción de tutela contra una entidad pública, una norma que regula las hipótesis en las cuales la tutela “procederá contra acciones u omisiones de particulares”.

Tales circunstancias constituyen los motivos de mi discrepancia y sustentan la aclaración de voto suscrita en relación con la sentencia referida.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

1 Sentencia T-462 de 1993 y T-498 de 1994, MP. Eduardo Cifuentes.

2 Sentencia T-421 del 26 de abril de 2001 MP. Álvaro Tafur Galvis.

3 Ver, entre otras, las sentencias T-979 del 13 de septiembre 2001 M.P Jaime Córdoba Triviño, T-514 del 21 de septiembre de 1998 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-408 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su preámbulo que la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia, y dispone en su artículo 3-1 que en todos los asuntos relativos a menores de edad, las autoridades públicas y privadas deben prestar

atención prioritaria a los intereses superiores de los niños. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece que los menores, dada su inmadurez física y mental, requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal.

5 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

6 Sentencia T-408 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz En esta sentencia se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a ésta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, pues el padre de la menor de edad le impedía hacerlo

7 Sentencia T- 290 del 28 de julio de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

8 Sobre el contenido de este deber positivo ver la sentencia T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

9 Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, véase las sentencias T-714 del 16 de diciembre de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-153 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

10 Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 del 19 de septiembre de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero

11 Sentencia T-687 del 8 de agosto de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett

12 Acerca de los deberes especiales del Estado para con los reclusos ver, entre otras, las sentencias T-522 del 19 de septiembre de 1992 M.P. Alejandro Martínez Caballero; T-374 del 3 de septiembre de 1993 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-388 del 15 de septiembre de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara, entre otras

14 T-596 del 10 de diciembre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón

15 T-274 del 17 de marzo de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

- 16 T-274 del 17 de marzo de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- 17 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- 18 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa
- 19 Cfr. entre otras, las sentencias T-590 del 20 de octubre de 1998, y T-696 del 5 de julio de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis
- 20 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 21 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 22 M.P. Fabio Morón Díaz
- 23 M.P. Clara Inés Vargas
- 24 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra
- 25 M.P. Nilson Pinilla Pinilla
- 26 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- 27 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- 28 Ibídem.
- 29 M.P. Álvaro Tafur Galvis
- 30 M.P. Clara Inés Vargas Hernández
- 31 M.P. Jorge Pretelt Chaljub
- 32 Página 6.
- 33 Página 24.
- 34 Página 6.

35 Página 21.

36 Sentencia T-531 de 2002.

37 Página 7.