



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Magistrada ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO
Radicación: 05001-23-33-000-2020-03834-01
Demandante: KATALINA OTERO ROJAS
Demandados: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y el
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -
INPEC
Tema: Modifica para rechazar por renuencia y confirma negativa por
mandato no incumplido

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Conoce la Sala de la impugnación interpuesta por la parte actora contra la sentencia de 25 de noviembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

La accionante, a través de apoderada, ejerció acción de cumplimiento contra el **MINISTERIO de JUSTICIA y del DERECHO y el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO y CARCELARIO**, en adelante **INPEC**, para que se les ordene acatar el contenido del artículo 5 de la Resolución No. 006349 de 2016¹ dictada por el Director General del INPEC.

1.2. Hechos

La accionante expuso que el 10 de marzo le solicitó al INPEC que "...informe cuáles son los criterios que maneja la junta de patios y asignación de celdas para determinar a qué estructura (masculina o femenina) debe asignarse a una persona Trans (mujer trans – hombre trans) que ingresa a prisión".

¹ "Por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional -ERON a cargo de INPEC"



El 2 de junio de 2020, la demandante pidió a la Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria que se pronunciara respecto de "...la existencia de normas técnicas para definir a qué establecimiento penitenciario y carcelario debían ser remitidas las mujeres trans que ingresaban en calidad de sindicadas o condenadas a los establecimientos de reclusión".

Petición que fue atendida el 30 de junio de 2020, en el sentido de precisar que se trataba de un asunto de competencia del INPEC.

Afirmó que el 6 de julio de 2020, la entidad expuso que: "respecto de la población Trans, es preciso mencionar que no se tiene ERON especial, sino que ellos y ellas son privados de la libertad en Establecimientos de Reclusión de acuerdo con su sexo, pero aplicando el principio rector de enfoque diferencial, consagrado en la Ley 1709 de 2014, que a su vez fue integrado dentro del Reglamento General – Resolución 006349 del 19 de diciembre de 2016- que actualmente nos rige. En ese sentido el Instituto adopta medidas diferenciales en el tratamiento a las personas OS/IGD, con la finalidad de visibilizar, proteger y garantizar sus derechos.

No obstante, es preciso indicar, que aun, no habiendo norma que regule puntualmente este asunto, sí tenemos algunos casos de mujeres que han sido ubicadas en Reclusiones de Mujeres y esto debido a que, en la orden de privación de la libertad emitida por las autoridades judiciales, así se ha ordenado específicamente".

En este sentido, concluye la demandante que "...no existe norma que exprese que ha de tenerse en cuenta el consentimiento informado y respetar la voluntad de las mujeres trans en la decisión sobre su alojamiento en los centros de reclusión, bien sea en estructura de mujeres o de hombres".

Precisó la actora que de conformidad con el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo de INPEC - Resolución 006349 del 19 de diciembre de 2016-, la clasificación de las personas privadas de libertad se basa en lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 65 de 1993, en aplicación del principio de enfoque diferencial.

Por su parte, el artículo 36 del citado reglamento dispone en sus "...parágrafos 2° y 4°, indica que la orientación sexual, identidad de género y expresión de género de una persona no puede ser criterio para su clasificación al interior de los establecimientos de reclusión; además, que con objetivo de proteger la vida e integridad personal de las personas LGBTI dentro de los centros de reclusión, la administración y las personas privadas de libertad deben acordar espacios especiales y exclusivos para su protección, que no puede conducir a la exclusión o segregación de las mismas".

No obstante, para la demandante dichos parágrafos no imponen como requisito el consentimiento informado de la voluntad de las mujeres transgénero en la decisión de la Junta de Distribución de Patios y Asignación de Celdas, sobre la ubicación de estas dentro de los establecimientos de reclusión.



Así las cosas, considera que "...es obligación del Director General del INPEC, en desarrollo del principio de enfoque diferencial comprendido en el artículo 5 de la Resolución 006349 de 2016, adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto a la identidad de género de las mujeres trans al momento de la decisión sobre su alojamiento al interior de los centros de reclusión. Dichas medidas han de reflejarse mediante la expedición de normas reglamentarias o directrices nacionales de obligatorio cumplimiento, que sean aplicables en todos los establecimientos de reclusión del orden nacional a cargo del INPEC".

Indicó que a efectos de agotar el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, el 24 de octubre de 2020, solicitó al Director General del INPEC el acatamiento del contenido del artículo 5 de la Resolución 006349 de 2016 y, en consecuencia, reglamente que las Juntas de Distribución de Patios y Asignación de Celdas de cada establecimiento de reclusión, "...contaran siempre con el consentimiento informado y respeto a la voluntad de las mujeres trans privadas de libertad en el proceso de la toma de decisión sobre su ubicación al interior de cada establecimiento de reclusión".

El 8 de octubre de 2020, el INPEC le informó que "...sí ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 5 de la Resolución 6349 de 2016, emitiendo los lineamientos que permitan materializar el principio rector de enfoque diferencial a la población con orientaciones sexuales e identidades de género diversas".

Señaló la demandante que, es lo cierto que el 4 de septiembre de 2018 el INPEC dictó el "Lineamiento Enfoque Diferencial de las Personas Privadas de la Libertad LGBTI" contentivo de criterios de clasificación para la ubicación de las personas LGBTI al interior de los establecimientos de reclusión, pero que "...no desarrolla medidas claras de protección y garantía de los derechos de las mujeres trans privadas de libertad, como tampoco es un protocolo de carácter vinculante, ni indica obligatoriedad en su aplicación en los establecimientos de reclusión del Estado colombiano".

A juicio de la parte actora, este documento no desarrolla medidas claras para proteger y garantizar los derechos de las mujeres transgénero, pues no es un protocolo de carácter vinculante ni establece una obligatoriedad en los establecimientos de reclusión del Estado que tenga como propósito obtener el consentimiento informado y el respeto de la voluntad de las mujeres trans para decidir su ubicación.

Agregó que, en su caso concreto, estuvo en el Complejo Carcelario y Penitenciario Pedregal de Medellín entre el 19 de agosto de 2017 al 28 de febrero de 2018, pabellón F de la estructura de hombres, sin que se respetara que en su documento de identidad su nombre y sexo correspondía al género femenino por cuanto la junta de asignación de patios así lo decidió, con el argumento que no se había practicado cirugía de reasignación sexual y por ello, fue víctima en ese período de varias agresiones.



Con fundamento en lo expuesto solicitó las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Que se ordene al INPEC a través del DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL Y PENITENCIARIO Y CARCELARIO, el cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la Resolución 0006349 de 2016, en lo atinente a que adopte medidas tendientes a la protección y garantía del derecho a la identidad de género de las mujeres trans privadas de libertad. Por tanto, solicito se ordene a esta autoridad que adelante las acciones tendientes a introducir una norma reglamentaria en la materia, dirigida a todos los establecimientos de reclusión del orden nacional, donde se tenga en cuenta como imperativo, el consentimiento informado y se respete la voluntad de las mujeres trans en la decisión sobre su ubicación al interior de los centros de reclusión, privilegiando que su ubicación se realice en la estructura de mujeres, en ánimo o en atención a proteger su seguridad personal y respetar la construcción de sus identidades de género.

>

SEGUNDA. Así mismo, que se ordene al INPEC a través del DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO reglamentar y crear por medio de acto administrativo general y abstracto, un comité de identidad de género en cada establecimiento de reclusión con el propósito de que periódicamente se reúna para revisar la situación de cada detenida o detenido transgénero, incluyendo la asignación de éstas y éstos en las estructuras mujeres y hombres.

TERCERA. Que se ordene al INPEC a través del DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO que, para la construcción de esta norma reglamentaria, se cuente con la participación de las mujeres trans privadas de la libertad, de miembros de la academia, de organizaciones civiles dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de la población LGBTI en Colombia.

CUARTA. Que se ordene al INPEC a través del DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, la socialización adecuada en todos los establecimientos bajo su cargo y dirección, de las medidas anteriores, a fin de concretarlas como acciones positivas.”

1.3. Actuaciones procesales

Mediante auto de 5 de noviembre de 2020 el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral del Circuito de Medellín, luego de la admisión del trámite, declaró la falta de competencia funcional para conocer de la acción de cumplimiento, y, en consecuencia, remitió el asunto al Tribunal Administrativo de Antioquia.

El referido Tribunal, mediante auto de 10 de noviembre de 2020 avocó conocimiento y ordenó notificar al Ministerio de Justicia y del Derecho y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC.

1.4. Contestación del Ministerio de Justicia y del Derecho

El apoderado de la cartera ministerial alegó la falta de competencia de la entidad en tanto las pretensiones de la demanda se encuentran dirigidas concretamente contra el INPEC y de conformidad con el artículo 15 de la Ley 65 de 1993, el sistema





nacional y carcelario está integrado por esta entidad como establecimiento público adscrito al ministerio el cual cuenta con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa.

Explicó que el asunto no versa sobre una política general en materia penitenciaria que es lo que por competencia le es atribuible, sino que lo pretendido por la parte actora que se expida un acto administrativo que regule la situación de la población trans expuesta.

Señaló la inexistencia del agotamiento del requisito de procedibilidad atinente a la constitución de renuncia contenido en Ley 393 de 1997.

Aseguró que si la razón de su vinculación está relacionada con que hace parte del sistema penitenciario y carcelario también era necesario llamar bajo la figura del litisconsorcio necesario a otras entidades que forman parte del mismo grupo, como la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, el Ministerio de Salud y de la Protección Social, al instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, entre otras.

1.5. Contestación del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC

Mediante apoderado judicial solicitó que se declarara el hecho superado o se denegara la acción comoquiera que la demandante obtuvo su libertad el 28 de febrero de 2018 y en todo caso, se ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 5 de la Resolución No. 006349 de 2016 al expedir “Lineamiento Enfoque Diferencial de las Personas Privadas de la Libertad LGBTI” por medio del cual se adoptaron las medidas tendientes a la visibilización, protección y garantías de los derechos de aquellas personas que hacen parte de la población orientación sexual e identidad de género diversa en consideración a lo consagrado en la Ley 1709 de 2014 que modificó la Ley 65 de 1993.

Agregó que con dicho lineamiento se impartieron directrices claras a los funcionarios frente al reglamento general en el que se regulan elementos de belleza, prendas de vestir, cortes de cabello, criterios de ubicación, identificación, participación, requisas, sanciones, trámite de quejas, denuncias, reclamos y visitas intimas. También, hizo un recuento de las políticas, guías, procedimientos y programas adelantados para brindar acompañamiento y atención a las necesidades de la población LGBTI.

Adicionó que la finalidad de la acción de cumplimiento no es la declaración de derechos o la modificación de leyes de acuerdo con los múltiples pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre otros la sentencia C- 638 de 2000.

Explicó que, como se lo informó a la actora el instituto viene dando cumplimiento a cabalidad los mandatos legales previstos en la norma que se considera desconocida,



razón por la cual citó varios apartes de oficios que le fueran remitidos en su oportunidad.

Expuso que de acuerdo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencias T - 750 de 2003, T -1030 de 2003, T – 062 de 2011 y al informe de cárceles de la ONG – Colombia Diversa frente al tratamiento de las personas privadas de la libertad de la comunidad LGBTI se adoptaron medidas afirmativas para implementar el enfoque diferencial de orientaciones sexuales e identidades de género diversas a través de la Resolución No. 006349 de 2016 para garantizar los derechos a la igualdad, accesibilidad y libre desarrollo de la personalidad.

1.6. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad mediante sentencia de 25 de noviembre de 2020, resolvió: **i)** declarar la falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Justicia y del Derecho; **ii)** negar la integración del litisconsorcio solicitado por la misma cartera ministerial con la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC- el Ministerio de Salud y Protección Social, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y otras entidades públicas que ejercen funciones relacionadas con el sistema y, **iii)** negar las pretensiones de la demanda.

Planteó como problema jurídico determinar si el INPEC dio o no cumplimiento al mandato consagrado en el artículo 5º de la Resolución No. 006349 de 2016, en lo referente a la expedición de los lineamientos de enfoque diferencial para adoptar medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos de la población carcelaria con características particulares especialmente las del LGBTI.

Expuso el fundamento legal para el enfoque diferencial y luego de citar la obligación de la norma que se alega desconocida concluyó que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar porque:

“...el INPEC cumplió con el mandato contenido en el art. 5 de la Resolución 006349 de 2016 al expedir en su momento los lineamientos de enfoque diferencial para la adopción de medidas en la protección de los derechos de la población LGBTI; (II) el art. 5 de la Resolución 006349 de 2016 no contiene un mandato específico ni exclusivo para las mujeres trans ni del mismo se deriva las acciones que se deban incluir como objetivo propio que reclama la parte actora; (III) el objetivo de la acción contenida en la Ley 393 de 1997 como desarrollo del art. 97 de la Constitución Política es el cumplimiento de normas aplicables con fuerza de ley o actos administrativos y no para la introducción de normas o reglamentos que contengan órdenes específicas”.

Finalmente, precisó que el mandato legal objeto de debate consagra una obligación para el INPEC de expedir los lineamientos de enfoque diferencial y por tal motivo, el Ministerio de Justicia y del Derecho carece de legitimación en la causa por pasiva y tampoco es necesario integrar el litisconsorcio necesario solicitado por la cartera ministerial por la misma circunstancia.



1.7. Impugnación

La parte actora fue notificada el 26 de noviembre de 2020 y mediante correo electrónico del 1° de diciembre siguiente, impugnó el fallo antes referenciado para lo cual aseguró que no es cierto que el INPEC haya dado cumplimiento al mandato que se reclama en la presente acción, y en tal sentido, expuso su oposición frente a la decisión del Tribunal, así:

El “lineamiento de enfoque diferencial para la adopción de medidas en la protección de los derechos de la población LGBTI” expedido por la entidad demandada concretamente el numeral 2), que contempla los criterios de clasificación para la ubicación, **no protege de forma concreta la identidad de género, ni a las mujeres trans privadas de la libertad, en tanto no se tiene en cuenta su consentimiento informado y el respeto de su voluntad para ser ubicadas en la estructura de las mujeres en consonancia a su identidad auto percibida.**

Dijo que el INPEC está en la obligación no solo de garantizar la igualdad en términos jurídicos, sino en **realizar un análisis** de la situación de hecho en la que se encuentran las mujeres trans recluidas en establecimientos carcelarios y penitenciarios de hombres dado que tienen derecho a escoger su modelo de vida y participar en las decisiones que atañen su identidad y cuerpo como lo ha dispuesto la Corte Constitucional en sentencia T-477 de 1995, razón por la cual el director General de la entidad demandada tiene facultad para dictar en cumplimiento de sus funciones directrices y actos administrativos sobre el particular.

Sostuvo que el artículo 5 de la Resolución No. 006349 de 2016 expresa varios mandatos que, aplicados al caso concreto, dan cuenta del reconocimiento de poblaciones con características particulares en razón del sexo, identidad, expresión de género, diversidad y cualquier otro motivo por el que las autoridades penitenciarias deben brindar una protección diferenciada basada en la situación específica de vulnerabilidad de las mujeres trans privadas de la libertad.

Arguyó que no comparte la decisión de primera instancia cuando señala que no existe un mandato específico frente a este grupo de personas, pues en la sentencia T-388 de 2013 la Corte Constitucional ordenó que se introdujera al marco normativo carcelario, el principio de enfoque diferencial con el propósito de proteger a estos sujetos especiales y por ello, el artículo 5 de la Resolución No. 006349 de 2016 contempló esta figura en miras a que se adoptaran las medidas para garantizar estos derechos.

Alegó que el INPEC le manifestó que no existía norma que regulara puntualmente el asunto, pero que sí tenían algunos casos, en los que la orden de privación emitida por las autoridades judiciales indicaban que debían ser enviadas a lugares de reclusión femeninos, situación que deja en evidencia que existe un incumplimiento



por parte de la entidad demandada por cuanto con el pleno conocimiento de la situación, como ocurrió en el caso de la demandante, **no buscó la forma de obtener su consentimiento informado y respeto en la decisión sobre su ubicación al interior de los establecimientos carcelarios.**

Finalmente, aclaró que la acción de cumplimiento es el mecanismo para que las autoridades del Estado brinden una garantía efectiva a los principios consagrados en la Constitución Política y ello debe verse reflejado en las normas con fuerza material de ley y en los actos administrativos, de modo que **la obligación no se agota con la expedición de los lineamientos dictados**, pues con el mismo no se evidencia de forma distintiva las necesidades diferenciales de las mujeres transgénero por lo que con el ejercicio de esta acción constitucional **se busca que el director General del INPEC materialice el enfoque diferencial para velar porque este grupo poblacional pueda participar con su consentimiento y respeto de su voluntad en la decisión sobre su alojamiento.**

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

Esta Sección es competente para resolver la impugnación presentada contra la sentencia de 25 de noviembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125, 150 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA- Ley 1437 de 2011², así como del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado que establece la competencia de la Sección Quinta de esta Corporación para conocer de “...las apelaciones contra las providencias susceptibles de ese recurso que se dicten por los Tribunales Administrativos en primera instancia en las acciones de cumplimiento.”.

2.2. Generalidades sobre la acción de cumplimiento

La finalidad de la presente acción, consagrada en el artículo 87 de la Constitución Política, a la cual puede acudir cualquier persona natural o jurídica, es hacer efectivo el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo que impone determinada actuación u omisión a la autoridad. Su objeto es la observancia del ordenamiento jurídico existente.

² “Artículo 150. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia. (...)”.



En desarrollo de este mandato constitucional, la Ley 393 de 29 de julio de 1997³, que reglamenta esta acción, exige como requisito de procedibilidad “la renuencia” (artículo 8°), esto es, haber reclamado en sede administrativa antes de ejercitar la demanda la atención de la norma o del acto administrativo que se considera desatendido, y que la autoridad no responda transcurridos 10 días o se niegue a atender su cumplimiento.

Para que la demanda proceda, se requiere:

- a) Que la norma legal o acto administrativo contenga un mandato imperativo e inobjetable radicado en cabeza de una autoridad pública o de un particular en ejercicio de funciones públicas, al cual se reclama el cumplimiento; y que, en efecto, se establezca que existe la desatención de la norma o acto;
- b) Que el actor pruebe que antes de presentar la demanda exigió al que consideró como obligado, el cumplimiento de su deber legal;
- c) Que el afectado no haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico contenido en el acto administrativo, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción; que no se trate de una norma que establezca gastos, ni tampoco del reclamo de un derecho que pueda garantizarse por la vía de la acción de tutela.

2.3. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

La procedencia de la acción de cumplimiento se supedita a la constitución en renuencia de la autoridad, que consiste en el reclamo previo y por escrito que debe elevarle el interesado exigiendo atender un mandato legal o consagrado en acto administrativo con citación precisa de éste⁴ y que ésta se ratifique en el incumplimiento o no conteste en el plazo de diez días siguientes a la presentación de la solicitud.

³ “Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política”.

3. Sobre el particular esta Sección ha dicho: “La Sala también ha explicado que con el fin de constituir en renuencia a una entidad pública o a un particular que actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, es necesario haber reclamado de éste el cumplimiento del deber legal o administrativo, para lo cual se deberá precisar la norma o normas en que se consagró su deber inobjetable y, por ende, exigible, pues lo contrario conduce a la improcedencia de la acción por carecer del requisito de renuencia. Como el accionante reclamó de la Superintendencia de Puertos y Transporte el cumplimiento de los artículos 41 del Decreto 101 de 2000; 14 del Decreto 1016 de 2000 y 3, 4 y 10 del Decreto 2741 de 2001, los cuales constan, en su orden, de 4, 14, 4, 6 y 9 numerales, sin indicar con claridad en cuál de ellos se consagra el deber legal que pedía cumplir, en criterio de la Sala, atendiendo la ley y la jurisprudencia que sobre la materia se ha fijado, estima que no se cumplió con el requisito de procedibilidad de la acción, por lo que así se debió declarar por el Tribunal *a quo*”⁴. (Negrita fuera de texto)



Para el cumplimiento de este requisito de procedibilidad, la Sala ha señalado que “...el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”⁵

Sobre este tema, esta Sección⁶ ha dicho que:

“Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: La reclamación del cumplimiento y la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que, si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos⁷ (Negrillas fuera de texto).

En efecto, el inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 establece lo siguiente:

“Con el propósito de constituir la renuencia, la procedencia de la acción requerirá que el accionante previamente haya reclamado el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no contestado dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación de la solicitud”.

Por otra parte, para dar por satisfecho este requisito no es necesario que el solicitante, en su petición, haga mención explícita y expresa que su objetivo es constituir en renuencia a la autoridad, pues el artículo 8º de la Ley 393 de 1997 no lo prevé así; por ello, basta con advertir del contenido de la petición que lo pretendido

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 9 de junio de 2011, expediente 47001-23-31-000-2011-00024-01. M.P: Susana Buitrago Valencia.

⁷ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 24 de junio de 2004, exp. ACU-2003-00724, M.P.: Darío Quiñones Pinilla.



es el cumplimiento de un deber legal o administrativo y que, de este, pueda inferirse el propósito de agotar el requisito en mención.

En esa medida, el Consejo de Estado no ha dado por demostrado el requisito de procedibilidad cuando la petición "...tiene una finalidad distinta a la de constitución en renuencia".⁸.

2.4. En este caso, con la demanda se acompañó petición de 24 de septiembre de 2020 con la cual la parte accionante solicitó al INPEC el cumplimiento de lo establecido en el artículo 5 de la Resolución No. 006349 de 2016 y que se regulara que en las juntas de distribución de patios y asignación de celdas se requiriera el consentimiento informado de las reclusas así como su voluntad para que fueran ubicadas en establecimientos carcelarios para mujeres y que se creara un comité de identidad de género en cada establecimiento para revisar la situación de cada detenida o detenido.

En este aspecto, destaca la Sala que el instituto accionado dio respuesta el 8 de octubre de 2020 e informó a la demandante que ha dado cumplimiento al contenido de la norma que se alega desatendida, en tanto el 4 de septiembre de 2018 emitió el "Lineamiento Enfoque Diferencial de las Personas Privadas de la Libertad LGBTI" en el que adoptó las medidas tendientes a la visibilización, protección y garantía de los derechos de aquellas poblaciones excepcionales a las que pertenece algunas personas privadas de la libertad.

De acuerdo con lo anterior, no hay duda que previo a acudir al ejercicio de la presente acción de cumplimiento, la parte actora agotó en debida forma el requisito de renuencia pero solamente respecto del INPEC, pues no acudió con su petición ante el Ministerio de Justicia y del Derecho, lo que impone rechazar la demanda respecto de esta cartera ministerial.

2.5. De la procedencia de la acción de cumplimiento

Se advierte que con la presente demanda se pretende el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5º de la Resolución No. 006349 de 2016, frente a lo cual no se advierte la existencia de otro mecanismo judicial para su exigencia.

En este orden de ideas, la Sala manifiesta que el precepto que se pide ordenar cumplir es actualmente exigible en la medida que no está derogado o suspendido y su cumplimiento, en principio, no implica el establecimiento de gasto.

Tampoco se evidencia que lo pretendido por el actor involucre la protección de

⁸ Sobre el tema, Consejo de Estado, Sección Quinta, providencias del 21 de noviembre de 2002, exp. ACU-1614 y del 17 de marzo de 2011, exp. 2011-00019.



derechos fundamentales que puedan ser invocados vía acción de tutela, lo que torna procedente la acción de cumplimiento.

2.7. Caso concreto

Debe comenzar la Sala por precisar que el artículo 5 de la Resolución No. 006349 de 2016, que se dice desatendida, dispone:

“ARTÍCULO 5. ENFOQUE DIFERENCIAL. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, sexo, religión, identidad, expresión de género, orientación sexual, diversidad corporal, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias y carcelarias del presente reglamento contarán con dicho enfoque. **El Director General del INPEC expedirá los lineamientos de enfoque diferencial para adoptar las medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos.**

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados postulados por éste, para ser beneficiarios de la pena alternativa de la Ley 975 de 2005, o que se hayan desmovilizado como consecuencia del proceso de paz.” (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, para lo que concierne a la presente acción de cumplimiento es claro que el anterior acto administrativo contiene un deber claro, expreso y exige al director General del INPEC **“EXPEDIR” los lineamientos de enfoque diferencial para adoptar medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos.**

Al respecto, debe advertirse que la lectura integral de la demanda y sus anexos, la contestación de la entidad demandada y del mismo escrito contentivo de la impugnación de la sentencia, queda claro que las partes coinciden en afirmar que el 4 de septiembre de 2018 se expidió el **“LINEAMIENTO ENFOQUE DIFERENCIAL DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD LGBTI”.**

Este documento, especifica que “de conformidad con el principio rector de enfoque diferencial consagrado en la Ley 1709 de 2014 que modificó la Ley 65 de 1993 y pilar del Reglamento General para los Establecimientos de Reclusión ERON- es imperativo que el INPEC adopte medidas tendientes a la visibilización, protección y garantía de los derechos de aquellas poblaciones excepcionales a las que pertenecen algunas personas privadas de la libertad, entre las cuales se encuentra las personas con orientación sexual e identidad de género diversa LGBTI.”

En efecto, la parte actora, con el recurso que presentó contra el fallo del Tribunal, afirmó que **este acto administrativo no resuelve los asuntos que echa de menos en las pretensiones de la demanda**, pues advierte que en esta regulación no se tuvo en cuenta que en el trámite de la decisión del lugar de ubicación a que deben ir



las personas transgéneros, se tenga en cuenta su consentimiento informado y su voluntad para que sean alojadas en establecimientos carcelarios para mujeres.

De otra parte, propuso la creación de un comité de identidad de género en cada establecimiento para revisar la situación de cada detenida o detenido con la participación de las mujeres trans privadas de la libertad, de miembros de la academia, de organizaciones civiles dedicadas a la promoción y defensa de los derechos de la población LGBTI en Colombia para que sus resultados fueran socializados en todos los establecimientos carcelarios.

Al respecto, la Sala precisa que el verbo rector contenido en la norma se encuentra en efecto cumplido, en tanto la orden que se imparte está dirigida a que el director General del INPEC expida los lineamientos de enfoque diferencial para adoptar las medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos y ello ocurrió, como se mencionó anteriormente, el 4 de septiembre de 2018, es decir, se trata de un hecho que ya aconteció.

Conviene resaltar que de las pruebas que obran en el expediente se puede observar que dentro del lineamiento proferido por la entidad demanda se estableció en el numeral segundo “Criterios de clasificación para la ubicación” en los que se indicó, entre otros aspectos:

“El INPEC no ha hecho una evaluación seria de estas situaciones no de las necesidades de ubicación espacial requeridas para proteger a las personas LGBTI, en especial a las mujeres trans que están en establecimientos de hombres. EL abordaje de esta problemática no puede reducirse a la creación de un patio o un pasillo que es poco viable en este contexto de hacinamiento, y mucho menos, la uso de las UTE. Las medidas a adoptar deben partir de procesos rigurosos de diagnóstico, consulta y concertación con la población, para evitar mayor restricción a sus derechos que la que experimentan los demás privados de la libertad, y deben ser respetuosas de los derechos humanos de la población LGBTI.

Atendiendo a la necesidad de tener criterios claros para determinar la ubicación de las personas LGBTI en los Establecimientos de Reclusión, el Reglamento General en el parágrafo 2 del artículo 36 estableció expresamente que no podrá ser un criterio de clasificación de las PPL, su orientación sexual, identidad y expresión de género, es decir, que no podrá ser el motivo por el cual la junta de asignación de patios defina la ubicación de una persona en un Establecimiento, o determine su consideración a otros criterios ubicarlo en un pabellón o pasillo específico establecido para este grupo de personas, pues es necesario indicar que los criterios para la clasificación están establecidos en el artículo 63 de la Ley 63 de 1993.

Sin embargo, es importante destacar que como medida de protección a la vida e integridad de las personas LGBTI, el parágrafo 4 del mismo artículo 36, otorga la posibilidad de crear un lugar especial y exclusivo para las personas con orientación sexual e identidad de género diversa, en caso que éstas, conjuntamente con las





directivas del ERON, así lo concierten, advirtiendo en todo caso, que estos espacios nunca podrán ser utilizados para exclusión o segregación de las personas LGBTI.

En ese sentido, las acciones que deben adoptarse en los ERON son las de analizar la situación particular de cada persona con orientación e identidad de género diversa, para lo cual se recomienda hablar con la persona para conocer cualquier tipo de situación que sea necesario tener presente en la junta de asignación de partidos, para establecer el grado de vulnerabilidad de ésta respecto de su ubicación y determinar la necesidad de asignar un lugar especial, sin que esto, en todo caso, signifique limitación mayor de derechos, en comparación con los demás privados de la libertad.”

De esta forma, se demuestra que el director General del INPEC ha adoptado medidas afirmativas para garantizar la protección, visibilización y garantía de los derechos de la población LGBTI y define que cada situación particular debe ser analizada para establecer el lugar de ubicación dependiendo del grado de vulnerabilidad de estas personas y determinar la necesidad de asignar un lugar especial dentro de los establecimientos carcelarios sin afectar otras garantías constitucionales.

Ahora bien, advierte la Sala que, para la parte actora el acto administrativo dictado el 4 de septiembre de 2018 denominado “LINEAMIENTO ENFOQUE DIFERENCIAL DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD LGBTI”, resulta insuficiente para regular los aspectos que, a su juicio, deben estar allí contenidos, sin embargo, en sede de acción de cumplimiento, este juez constitucional se debe limitar a verificar el incumplimiento normativo que se endilga a la accionada, partiendo de las obligaciones que contiene la disposición que se alega desatendida.

En este caso, como ya se precisó el artículo 5 de la Resolución No. 00006349 de 2016, que se dice descatado por el INPEC solo le obliga, para efectos de la presente acción de cumplimiento, a expedir los lineamientos de enfoque diferencial y adoptar medidas tendientes a la protección, visibilización y garantía de derechos, nótese que dicho precepto se plantea en términos abstractos que desde esa perspectiva resultan atendidos con la expedición del acto administrativo dictado el 4 de septiembre de 2018 denominado “LINEAMIENTO ENFOQUE DIFERENCIAL DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD LGBTI”.

Por lo anterior, es que no se advierte que el mandato de -expedir- contenido en el artículo 5º, esté desobedecido, pues lo cierto es que ya existe un acto que regula esta materia, sin que pueda analizarse su contenido, en sede del presente mecanismo constitucional, por tratarse de un estudio ajeno a su objeto.

En conclusión, la Sala **modificará** la sentencia impugnada, en el sentido de rechazar la demanda respecto del Ministerio de Justicia y del Derecho, por no haber sido constituido en renuencia y confirmar la negativa de las pretensiones porque no están





llamadas a prosperar en la medida que el artículo 5 de la Resolución No. 00006349 de 2016, no fue desatendido por el INPEC, en los términos ya explicados.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de 25 de noviembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, en el sentido de **RECHAZAR** la demanda respecto del Ministerio de Justicia y del Derecho, por no haber sido constituido en renuencia y **CONFIRMAR** la negativa de las pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

TERCERO: En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”

