



Referencia: Expediente T-6.316.864

Acción de tutela instaurada por José David Benítez contra el Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias”.

Magistrada Ponente:  
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Diana Fajardo Rivera, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo emitido por el Juzgado Tercero Administrativo de Florencia, que resolvió la acción de tutela promovida por José David Benítez.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos relevantes<sup>1</sup>

1.1. El 17 de mayo de 2016, en horas de la mañana, un grupo de dragoneantes y el Inspector Jefe del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias” (en adelante EP o “Las Heliconias”) desarrollaron un operativo rutinario de requisa en el patio 3 de ese centro carcelario, ubicado en Florencia (Caquetá), y en donde se encuentra recluida la accionante<sup>2</sup>. En éste se pretendió realizar una requisa denominada “de tercer nivel” a todos los internos de ese patio.

<sup>1</sup> En esta sección se resumen los hechos descritos por José David Benítez en la acción de tutela, así como los provenientes de las pruebas que obran en el expediente.

<sup>2</sup> De las pruebas que obran en el expediente se evidencia que José David Benítez se reconoce a sí misma como una mujer. En la diligencia de descargos y versión libre y espontánea, rendida el 8 de agosto de 2016, en el marco del proceso disciplinario No 165/2016, lo manifestó en repetidas ocasiones (Cuaderno 2, folio 38 del expediente). Así, por ejemplo, cuando se le preguntó por qué durante el operativo se había negado a dar su nombre, a pesar de que se lo habían solicitado, contestó lo siguiente: “*El señor fue muy grosero y nos trató como un hombre sabiendo que nosotros somos chicas trans y exigimos que nos respeten así como nosotros los respetamos*”. (Subrayado fuera del texto original). En atención a esto, la Corte reconocerá la identidad de género de José David Benítez y se referirá a ella, como una mujer. En ocasiones anteriores, la Corte ha adoptado decisiones similares en aras de proteger la identidad de género del (o de la) accionante. Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-062 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas (en la que se reconoció que el

Este tipo de requisas están definidas en el documento interno del INPEC (PO-30-023-05-V01) en los siguientes términos:

*“Requisa de tercer nivel para Internos: Inspección entendida como el registro que se realiza por parte de los Miembros del Cuerpo de Custodia y Vigilancia al personal de Internos, en la cual el funcionario que la practica no tiene contacto físico con el(a) interno(a). Este tipo de requisas puede aplicarse individual o colectivamente. Se aplicará siempre a todos los interno(as) que hayan recibido visita, antes de proceder a desplazarlos nuevamente a sus pabellones y en el proceso de recepción del Interno. En los demás casos este tipo de requisas debe ser sorpresiva y siempre es realizada por personal del mismo sexo”<sup>3</sup>.*

1.1.1. Todas las requisas, incluidas las de tercer nivel, están reguladas en el artículo 121 del Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a cargo del INPEC (Resolución 6349 de 2016). En cuyos párrafos 1 y 2 se establece lo siguiente:

*“Las requisas y demás medidas de seguridad que se adopten por parte del establecimiento deben darse dentro de un marco de respeto a la dignidad humana y a la integridad física y se realizarán en condiciones de higiene y seguridad. || Para la práctica de las requisas se designará a una persona del mismo género con el que se identifique la persona materia de registro. En caso de las personas trans se tendrá en cuenta el género que estas manifiesten, con independencia de lo que establezca su documento de identidad. En todos los casos, se le preguntará si prefiere ser requisado(a) por un funcionario hombre o mujer del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”.*

*“Las requisas deben llevarse a cabo con un enfoque diferencial, que tenga en cuenta las necesidades y riesgos especiales e inherentes de las diferentes poblaciones privadas de la libertad. Se realizará de acuerdo con las órdenes permanentes y directrices recibidas del Director General INPEC”.*

1.2. Según el Inspector Jefe<sup>4</sup> (Comandante Operativo del EP) y uno de los dragoneantes<sup>5</sup> a cargo del operativo de ese día, dejaron en último lugar a las reclusas pertenecientes a la población LGBTI para la realización de

---

accionante tenía una identidad de género mixta, pie de pág 1) y T-392 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz (sección “Aclaración previa”).

<sup>3</sup> Cuaderno 2, folio 11 del expediente.

<sup>4</sup> Fosael Rivera Patiño.

<sup>5</sup> Diego Iriarte Pérez.

la mencionada requisita. Con ello, buscaban que el resto de los internos no estuvieran presentes en el patio y que sólo se quedaran las personas LGBTI<sup>6</sup>. Al respecto, afirmaron lo siguiente (primero se cita la declaración del Inspector Jefe y después la del Dragoneante Iriarte):

*“(...) al finalizar de requisar al personal de internos le imparto la orden al dragoneante Iriarte que en una celda proceda a efectuar la requisita de tercer nivel a los internos pertenecientes a la población LGBTI, los cuales al escuchar la palabra señores reaccionaron de una manera altanera y agresiva manifestando que las respetaran, que ellas eran mujeres transgénero y que se negaban a la requisita porque al pertenecer a la población LGBTI estaban exoneradas de la requisita de tercer nivel, poniendo de manifiesto la Directiva 010 del 5 de julio de 2011<sup>7</sup>, la cual habla sobre el respeto a las personas LGBTI en los ERON, teniendo que reiterar la orden al dragoneante Iriarte y a los mencionados internos de la población LGBTI (...)”<sup>8</sup>.*

*“(...) al finalizar de requisar al personal de internos se me ordenó que en una celda proceda a efectuar la requisita de tercer nivel a los internos pertenecientes a la población LGBTI, se ingresa a uno de los internos a la celda, a quien le ordeno que se retire los elementos que tiene menos la ropa interior, puesto que se le estaba respetando su intimidad al realizar la requisita en una celda separada de los demás y solo con la presencia mía, a lo que manifestó que se negaban a la requisita porque al pertenecer a la población LGBTI estaban exoneradas de la requisita de tercer nivel, poniendo de manifiesto la Directiva 010 del 5 de julio del 2011, la cual habla sobre el respeto a las personas LGBTI en los ENRO y de la cual anexé en el informe, puesto que no se está pasando por alto de (sic) esta norma, por lo cual informé de la novedad al Inspector jefe Rivera Patiño, quien me reitera la orden (...)”<sup>9</sup>*

---

<sup>6</sup> Esta versión coincide con lo afirmado por una de las reclusas en la diligencia de descargos y versión libre y espontánea, que rindió el 8 de agosto de 2016 en el marco del proceso disciplinario No 165/2016. En ésta se le preguntó: “*Sírvase manifestar al despacho, si al momento de solicitarle la requisita de tercer nivel por el funcionario encargado se le ordenó lo hiciera en frente de los internos o en frente de los funcionarios, de algún otro funcionario*”. Ella contestó: “*Sí, había otro dragoneante cerca a la celda doce, y habían (sic) dos dragoneantes más en el pasillo cerca a la puerta, pero internos no habían (sic), estábamos solo las chicas de la comunidad LGBTI*”. (Cuaderno 2, folio 34 del expediente).

<sup>7</sup> Está haciendo referencia a la Directiva permanente 010 del 5 de julio de 2011 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) sobre “*respeto a las personas LGBTI en los establecimientos de reclusión del orden nacional*”, cuya finalidad es “*impartir instrucciones para garantizar el respeto y protección a la población de internas e internos LGBTI (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales e Intersexuales) que se encuentran privados de libertad en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional*”. Esta Directiva no tiene disposiciones específicas sobre las requisitas de tercer nivel. (Cuaderno 2, folios 19 a 24 del expediente).

<sup>8</sup> Cuaderno 2, folio 55 del expediente.

<sup>9</sup> Cuaderno 2, folio 57 del expediente.

- 1.3. En las pruebas que obran en el expediente<sup>10</sup>, se mencionan a cuatro (4) reclusas de la población LGBTI internas en el patio 3 de “Las Heliconias”, una de ellas es la accionante de esta tutela. Ellas se negaron a que les practicaran la requisita de tercer nivel, independientemente que ésta fuera realizada de manera individual y en una celda. Solicitaron que las requisaran sin tener que quitarse la ropa, con un detector de metales (al que se refieren en sus testimonios como “*garrett*”, haciendo alusión a una de las marcas comerciales de estos dispositivos) y con un perro.

Según se observa en el video que se grabó durante la diligencia, y que fue aportado como prueba en el expediente<sup>11</sup>, fueron dos (2) reclusas (distintas a la accionante) quienes tuvieron la interlocución con el Inspector Jefe y con los dragoneantes. La accionante y la otra reclusa guardaron silencio<sup>12</sup> y apoyaron la postura de las otras dos (2), quienes tuvieron la vocería con las autoridades penitenciarias. Adicionalmente, se constata en el video que las cuatro (4) reclusas se negaron a dar sus nombres, cuando les fueron solicitados.

- 1.4. Durante el operativo, las cuatro (4) mujeres transexuales les manifestaron a los dragoneantes que accedían a que las requisaran con detector de metales (*garrett*) y con perro, y sin que se tuvieran que quitar la ropa. Bajo estas condiciones, les fue realizada la requisita.
- 1.5. En horas de la tarde, ellas sostuvieron una reunión con las directivas del EP y con el Inspector Jefe y acordaron que, a partir de tal fecha, las requisitas de tercer nivel serán practicadas de otra manera, en aras de proteger sus derechos a la identidad de género, a la dignidad y al debido proceso. Se les permitirá tener una toalla. De este modo, no tendrán que exhibir su cuerpo y los guardias de seguridad podrán revisar su ropa<sup>13</sup>.
- 1.6. Ese mismo día, el Dragoneante Iriarte, quien participó en el operativo, entregó un informe de lo ocurrido al Director del EP<sup>14</sup>. En éste no menciona de manera explícita la conducta de la accionante (sólo hace referencia a la de las dos reclusas que tuvieron la interlocución con él y con el Inspector Jefe durante el operativo). Adicionalmente, hace una calificación inicial de los hechos, empleando cuatro (4) faltas graves disciplinarias, y da una breve justificación respecto de esta tipificación. A continuación se citan algunos apartes del informe presentado por el Dragoneante Iriarte:

---

<sup>10</sup> Entre tales pruebas está el video del operativo (CD que fue anexado en el folio 25 del Cuaderno 2 del expediente) y algunas piezas procesales del proceso disciplinario No 165/2016 que se adelantó contra las citadas cuatro (4) reclusas (Cuaderno 2, folios 16 al 62 del expediente).

<sup>11</sup> Cuaderno 2, folio 25 del expediente.

<sup>12</sup> En la diligencia de descargos y versión libre y espontánea, rendida el 8 de agosto de 2016, en el marco del proceso disciplinario No 165/2016, la accionante respondió lo siguiente, después de que se le puso en conocimiento el video grabado durante la diligencia y se le preguntó qué tenía para decir al respecto: “*Como pueden ver en el video, donde está mi persona, porque hablo por mí misma, se puede ver que soy una persona callada, humilde, y por eso es que le pasan los problemas que están sucediendo, siempre soy respetuosa hacia ustedes*”. (Subrayado fuera del texto original). (Cuaderno 2, folio 38 del expediente).

<sup>13</sup> Cuaderno 2, folio 34 del expediente.

<sup>14</sup> Cuaderno 2, folios 17 y 18 del expediente.

*(...) se me ordena apoyar la requisita a los internos pertenecientes a la comunidad LGBTI identificados como Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander TD. 2676, Amaya Galindo Angel Gabriel TD. 2216, Benítez José David TD. 2924 y Rojas José Gabriel TD. 1182, los cuales ingresan de manera individual en una celda para realizar el respectivo procedimiento de requisita de tercer nivel como se establece en el procedimiento de requisita, como se ordena en el PO\_30-023-05\_V01\_REQUISITA\_DE\_TERCER\_NIVEL, se le da una orden de manera respetuosa, clara, precisa y concisa al interno Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander TD. 2676, el cual de forma airada, irrespetuosa y desafiante<sup>15</sup> me dice que él no tiene porque hacer eso, por lo cual le comunico que así lo establece el procedimiento, puesto que se les está respetando el derecho a la dignidad al realizar el procedimiento de requisita de manera individual, este interno y a su vez el interno Amaya Galindo Angel Gabriel TD. 2216, se niegan a la orden y continúan con su actitud airada, irrespetuosa y desafiante contra el suscrito, se le informa de la novedad al señor Insp. Jefe Rivera Fosael, quien les ratifica la orden que se les había impartido, ante esta orden ratificada por el señor Insp. Jefe, los internos continúan rehusándose a cumplir la orden y contestando de manera irrespetuosa y desafiante, diciendo que iban a entablar una demanda contra los funcionarios y el INPEC, de este comportamiento quedo registrado de manera fílmica por el Dg. Bermeo Tovar Policía Judicial de turno.*

*Se les solicita de manera respetuosa los nombres, a lo cual los internos se niegan rotundamente a identificarse y permitir el procedimiento de requisita, siendo necesario consultar la cartilla biográfica de estos internos para individualizarlos, con su comportamiento estos internos incurrieron en falta disciplinaria establecida en la resolución 5817/94 artículo 20, Clasificación de las faltas, acápite; 16, asumir grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, al contestar y actuar de manera airada e irrespetuosa, puesto que en ningún momento se les ha vulnerado sus derechos, acápite 17, incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas leves o graves, al observar la conducta de estos internos se pueden generar alteraciones dentro del pabellón u el establecimiento, acápite 24, asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión, puesto que se*

---

<sup>15</sup> Al respecto, Yeiner Alexander Cuéllar Fajardo afirmó lo siguiente, en la diligencia de descargos y versión libre y espontánea, rendida el 8 de agosto de 2016 en el marco del proceso disciplinario No 165/2016: “Yo no actué de manera airada y desafiante puesto que mi intención no es faltarle el respeto a ninguno de los dragoneantes o personas encargadas de mi seguridad en este lugar. Si contesté con una voz fuerte o alta lo hice porque es mi manera y forma de hablar para que se me escuche, se me entienda, y no se me malinterprete. Siempre hablo con tono fuerte, mirada activa y voz clara para no ser malentendida”. (Cuaderno 2, folio 34 del expediente).

*niegan a identificarse y permitir el procedimiento de requisa, 29 el incumplimiento grave al régimen interno, negarse a una orden dentro de los parámetros establecidos por la norma, lo anterior en concordancia con la ley 65/93 en su artículo 121 y el artículo 66 de la resolución 001 del 23/02/2011 reglamento de régimen interno del EP Las Heliconias.*

*Es de resaltar que los internos anteriormente mencionados en cabeza de los internos Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander TD. 2676, Amaya Galindo Angel Gabriel TD. 2216, mencionaron la directiva 000010 del 05/07/2011 referente (sic) respeto a las personas LGBTI en los establecimientos de reclusión del orden nacional, al analizar este documento en ningún momento se excluye a las personas miembros de esta comunidad de la requisa de tercer nivel, de la misma manera la sentencia T-1030/03, en ningún momento ordena no realizar la requisa de tercer nivel a este grupo de internos.*

*Por lo tanto, solicito se sancione disciplinariamente al personal de internos anteriormente mencionados, por alterar el orden interno, el incumplimiento a una orden, menoscabar la seguridad del centro de reclusión, incumplimiento al reglamento interno disciplinario (...)”<sup>16</sup>. (se omitieron algunas de las mayúsculas sostenidas del texto original y las negrillas)*

1.7. A partir de este informe, la Oficina de Investigaciones Internas, mediante Auto del 1 de julio de 2016, dio apertura a una investigación disciplinaria No 165/2016 contra las cuatro (4) mujeres transexuales del patio 3, por los hechos ocurridos el 17 de mayo de 2016, antes relatados<sup>17</sup>.

1.7.1. Se les investigó por la presunta comisión de las siguientes faltas disciplinarias graves (Ley 65 de 1993, Art. 121)<sup>18</sup>: “Agredir, amenazar o asumir grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, funcionarios judiciales, administrativos, los visitantes y los compañeros” (num. 16); “Incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas graves o leves” (num. 17); “Asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión” (num. 24) y “El incumplimiento grave al régimen interno y a las medidas de seguridad de los centros de reclusión” (num. 29).

1.7.2. En el trámite de este proceso disciplinario, se ordenó: (i) la ratificación y ampliación del informe rendido por el Dragoneante Iriarte y por el Inspector Jefe<sup>19</sup> y (ii) la versión libre y espontánea de

---

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> Cuaderno 2, folios 26 al 28 del expediente.

<sup>18</sup> Cuaderno 2, folio 16 del expediente.

<sup>19</sup> Cuaderno 2, folios 55 al 57 del expediente.

las cuatro (4) internas investigadas<sup>20</sup>. Esta última la rindieron bajo la gravedad de juramento, ante el Subdirector del EP. Al inicio de la misma, se les hizo la siguiente advertencia: *“Se le hace saber el derecho que tiene de ser asistido(a) por un Abogado”*<sup>21</sup>. Al respecto, las cuatro manifestaron lo siguiente: *“que no es necesario por el momento pero que se reserva el derecho que le asiste para nombrarlo más adelante”*<sup>22</sup>.

1.7.3. A continuación se citan algunos extractos de la diligencia de descargos y versión libre y espontánea, que la accionante rindió el 8 de agosto de 2016<sup>23</sup>, en el marco del proceso disciplinario No 165/2016.

A la accionante se le formuló la siguiente pregunta: *“Se le pone de presente el informe<sup>24</sup> de fecha 17 de mayo de 2016, qué tiene que decir al respecto?”*<sup>25</sup>

Respondió: *“En ese informe no tengo velas en ese entierro, si me van a poner un informe que se haga la voluntad de Dios, porque no fui altanera ni grosera, solamente ponía cuidado al Sargento, lo que decía”*<sup>26</sup>.

También se le preguntó: *“Según el informe realizado el 17 de mayo de 2016, indica que usted se negó a requisar de tercer nivel y actuando según sus compañeros de pabellón los internos Cuéllar Fajardo y Amaya Galindo en que no se le podía realizar este procedimiento por ser miembro de la comunidad LGBTI, ¿tiene algún documento que pueda presentar donde ratifique esta versión?”*<sup>27</sup>

Al respecto, respondió: *“Porque me iban a quitar la ropa para desnudarnos sabiendo que ahí está el canino y el perro para que las chicas trans de la comunidad LGBTI, pero yo fui una persona decente que no discutí, me dijeron y me dejé requisar”*<sup>28</sup><sup>29</sup>.

---

<sup>20</sup> Cuaderno 2, folios 33 al 39 del expediente.

<sup>21</sup> Cuaderno 2, folios 33, 36, 38 y 39 del expediente.

<sup>22</sup> *Ibídem.*

<sup>23</sup> *Ibídem.*

<sup>24</sup> Está haciendo referencia al informe que presentó el Dragoneante Diego Iriarte Pérez al Director del EP sobre los hechos ocurridos ese día en el patio 3 y que dio inicio al proceso disciplinario No 165/2016, adelantado contra las cuatro (4) reclusas. Al respecto, ver párrafo 1.6 de esta sentencia.

<sup>25</sup> *Ibídem.*

<sup>26</sup> *Ibídem.*

<sup>27</sup> *Ibídem.*

<sup>28</sup> De la lectura de la diligencia completa de descargos y versión libre y espontánea, rendida por la accionante el 8 de agosto de 2016, en el marco del proceso disciplinario No 165/2016, se puede concluir que en este aparte, cuando afirma “y me dejé requisar”, está haciendo referencia a la requisita ejecutada con detector de metales y con perro, a la que accedieron las cuatro (4) mujeres transexuales investigadas, y no a la requisita de tercer nivel, a la que se negaron todas.

<sup>29</sup> Cuaderno 2, folio 38 del expediente.

Adicionalmente, se le preguntó: *“Diga al despacho si los funcionarios Dragoneante Iriarte y Sargento Rivera Fosael actuaron de manera burlona con usted o alguno de sus compañeros<sup>30</sup>”*.

Respondió lo siguiente: *“Groseros, porque nos dijeron a nosotras que nos quitáramos la ropa para hacer el procedimiento y nosotras dijimos que no porque estaba el garret y el perro y nos trataron como ellos quisieron groseros, altaneros, etcétera”<sup>31</sup>*.

- 1.8. El 3 de octubre de 2016, el Dragoneante Iriarte se declaró impedido para continuar participando en el proceso disciplinario<sup>32</sup>, en su calidad de integrante de la Oficina de Investigaciones Internas, teniendo en cuenta que él había elaborado el informe inicial de los hechos, a partir del cual se dio apertura a la investigación. Solicitó que se designara a otro funcionario *“(…) para que adelante nuevamente las versiones de versión (sic) libre y espontánea a los internos ya mencionados. Esto con el fin de respetar y cumplir el debido proceso”<sup>33</sup>*.
- 1.9. El 7 de octubre de 2016, las cuatro investigadas fueron nuevamente llamadas a rendir la diligencia de descargos y versión libre y espontánea<sup>34</sup>. Tres (3) de ellas, incluida la accionante, se negaron a hacerlo sin la compañía de un abogado<sup>35</sup>. La Oficina de Investigaciones Internas les confirmó un plazo de diez (10) días para que cada una consiguiera un abogado (no les proporcionó uno, ni les indicó la ruta institucional que debía surtir para acceder a una defensa judicial)<sup>36</sup>. Con posterioridad al vencimiento de ese plazo, se continuó con el trámite, sin que la accionante ni las otras tres (3) reclusas contaran con un abogado que las representara.
- 1.10. Dos (2) de las mujeres transexuales del patio 3 (distintas a la accionante)<sup>37</sup>, presentaron una acción de tutela contra el EP “Las Heliconias” por los mencionados hechos ocurridos el 17 de mayo de 2016 y contra el proceso disciplinario que se les estaba adelantando. Esta fue resuelta en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Florencia, quien mediante sentencia del 6 de septiembre de 2016 concedió la protección de sus derechos fundamentales invocados y negó el amparo

---

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> Cuaderno 2, folios 44 y 45 del expediente.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Cuaderno 2, folios 46 al 49 del expediente.

<sup>35</sup> Al inicio, se les advirtió en los mismos términos que en la primera diligencia de descargos y versión libre y espontánea que rindió cada una de ellas, que tienen derecho a ser asistidas por un abogado (*“Se le hace saber el derecho que tiene de ser asistido(a) por un Abogado”*). Tres (3) de ellas, incluida la accionante, respondieron lo siguiente: *“Que no rinde la diligencia de descargos sin la compañía de su abogado”*. (Cuaderno 2, folios 46 al 48 del expediente).

<sup>36</sup> *“Nota: se le indica al interno [Yeiner Alexander Cuéllar Fajardo, Angel Gabriel Amaya Galindo y José David Benítez, dependiendo de quien estuviese rindiendo la declaración] que a partir de la fecha tiene 10 días calendario para que haga presencia el abogado en el establecimiento para realizar la diligencia de versión libre”*. (Cuaderno 2, folios 46 al 48 del expediente).

<sup>37</sup> Yeiner Alexander Cuéllar Fajardo y Angel Gabriel Amaya Galindo.

“encaminado a desaprobando la sanción que los accionantes afirman se les impuso dentro del proceso disciplinario que se adelanta en su contra”<sup>38</sup>.

1.10.1. El juez de primera instancia dictó las siguientes órdenes:

*“TERCERO.- ORDENAR al Director del EPC Heliconias que en el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, en coordinación con la Dirección General del INPEC, adelante una campaña de sensibilización y capacitación a los funcionarios, personal de guardia e internos de ese Establecimiento, sobre la protección de los derechos constitucionales de la comunidad carcelaria de identidad u opción sexual diversa.*

*Conforme a lo anterior, requerir al Defensor del Pueblo Regional Caquetá y al Personero Municipal de Florencia, con el fin que acompañen, la campaña de sensibilización y capacitación señalada, contando con la potestad de asesorar al Director del EPC Heliconias para el desarrollo de la misma.*

*CUARTO.- PREVENIR al Director del EPC Heliconias para que en adelante este Centro se abstenga de llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a las garantías de los derechos fundamentales de las personas de identidad u opción sexual diversa”<sup>39</sup>.*

1.10.2. Esta decisión fue apelada y la Sala Única del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Caquetá, mediante sentencia del 2 noviembre de 2016 confirmó la sentencia de primera instancia<sup>40</sup>.

1.11. El 6 de marzo de 2017 el Consejo de Disciplina del EP “Las Heliconias”<sup>41</sup> profirió la Resolución No 0417, mediante la cual fue sancionada disciplinariamente<sup>42</sup> la accionante, por la comisión de las faltas graves por las cuales fue investigada<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Cuaderno 2, folio 43 del expediente. Orden primera.

<sup>39</sup> *Ibidem*. Ordenes tercera y cuarta.

<sup>40</sup> Cuaderno 2, folio 54 del expediente.

<sup>41</sup> La Resolución 417 de 2017 fue firmada por los siguientes integrantes del Consejo de Disciplina: “*Director o delegado, Comando de Vigilancia, Delegado de la Personería, Asesor Jurídica y Educativas*”. No consta la firma de “*Tratamiento y Desarrollo*”. (Cuaderno 2, folio 61 del expediente).

Al respecto, cabe mencionar que el inciso 1 del artículo 135 de la Resolución 6349 de 2016 (Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC), en consonancia con el artículo 118 del Código Penitenciario y Carcelario, lista los integrantes del Consejo, entre quienes siempre se debe incluir un representante elegido por la población privada de la libertad (Art. 135, parágrafo 2, inciso 1). Este tiene voz pero no voto en el Consejo (Art. 135, parágrafo 2, inciso 3), de conformidad con el inciso 2 del artículo 58 del Código Penitenciario y Carcelario (“*Ningún interno desempeñará función alguna que implique el ejercicio de facultades disciplinarias, de administración o de custodia y vigilancia*”).

<sup>42</sup> Cuaderno 2, folio 61 del expediente. Orden primera.

<sup>43</sup> También fueron sancionadas las otras tres (3) reclusas. Ver al respecto el pie de página 47.

- 1.11.1. En dicha Resolución, se resumieron los hechos del caso en los siguientes términos:

*“(…) siendo las 8:20 horas del día 17/05/2016, se realizó operativo de registro y control en el pabellón tres, en el cual al solicitarle requisita de tercer nivel a los internos Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander, Amaya Galindo Angel Gabriel, Benítez José David y Rojas José Gabriel, pertenecientes a la comunidad LGBTI, los internos Cuéllar Fajardo y Amaya Galindo actuaron de manera irrespetuosa altanera y desafiante, al no permitir el procedimiento de requisita ni dar su identificación”<sup>44</sup>. (se omiten las mayúsculas sostenidas del texto original)*

- 1.11.2. Los siguientes son extractos del acápite sobre “análisis probatorio”:

*“(…) una vez analizadas las pruebas aportadas por el investigador, no se evidencia que se haya faltado al respeto a las personas miembros de la comunidad LGBTI, puesto que se impartió una orden acorde a los procedimientos penitenciarios, así mismo se observa en el video del día de los hechos y se corrobora con la ratificación de los funcionarios, que la forma de contestar y actuar de estos internos fue altanera y desafiante, si bien sentían que estaban siendo vulnerados sus derechos, no es la manera acorde de actuar frente a los funcionarios de la institución. Se evidenció que los internos Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander, Amaya Galindo Angel Gabriel, Benítez José David, Rojas José Gabriel, en cabeza de los dos primeros se negaron a dar su identificación. Se tiene en cuenta la acción de tutela instaurada contra este procedimiento y la respuesta de los mismos por parte del juzgado y tribunal.*

*Así las cosas en esta investigación queda plenamente demostrada no sólo la ocurrencia de los hechos si no la responsabilidad disciplinaria del interno (sic) Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander, Amaya Galindo Angel Gabriel, Benítez José David, Rojas José Gabriel, se concluye que existe suficiente material probatorio útil, conducente y pertinente que lo indican como autor de la conducta investigada.*

*En virtud de lo anteriormente expuesto el interno (sic) Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander, Amaya Galindo Angel Gabriel, Benítez José David, Rojas José Gabriel, es merecedor a una sanción disciplinaria por violar lo establecido en la ley 65/93 art, 121 numerales 16, 17, 24 y 29 de las faltas graves”<sup>45</sup>. (se omiten las mayúsculas sostenidas del texto original)*

---

<sup>44</sup> Cuaderno 2, folio 60 del expediente.

<sup>45</sup> Cuaderno 2, folio 61 del expediente.

1.11.3. El Consejo de Disciplina concluyó su análisis con las siguientes “consideraciones del despacho”:

*“(…) la realización de requisas de registro y control al interior de los diferentes pabellones no requiere de autorización para ello de ninguna autoridad judicial o administrativa y menos de los mismos internos, la ejecución de las requisas puede ser dispuestos (sic) en cualquier momento en pro de conservar la Disciplina del Establecimiento, cuando existan motivos de duda o por simple control.*

*Por lo tanto no nos podemos apartar de la realidad fáctica, siendo responsable disciplinariamente de la falta grave que se le imputa, al que la realizó con conciencia y con el ánimo de violar el régimen disciplinario, por tal razón se califica la conducta del disciplinado (sic) como GRAVE A TITULO DE DOLO”. (se omiten negrillas y subrayado del texto original)*

1.11.4. A la accionante<sup>46</sup> se le impuso como sanción<sup>47</sup> la pérdida del derecho de redención de pena por 100 días<sup>48</sup>. Esta decisión le fue notificada el 9 de marzo del mismo año<sup>49</sup>. En el numeral segundo, de la parte resolutive de la citada Resolución No 0417 de 2016, se estableció lo siguiente respecto de los recursos procedentes:

*“Contra la presente resolución procede el recurso de reposición el cual debe interponerse dentro de los tres días siguientes a su notificación, por escrito y debidamente sustentado ante la oficina de Investigaciones Internas, dirigida (sic) la Dirección de Establecimiento. En caso de no impetrarse ningún recurso, ordénese la ejecutoria inmediata y las anotaciones en los libros respectivos”<sup>50</sup>. (subrayado fuera del texto original)*

---

<sup>46</sup> En el folio 62 del Cuaderno 2 del expediente reposa copia de la constancia de ejecutoria de la sanción impuesta a José David Benítez. En esta consta que la sanción que le fue impuesta fue la “pérdida del derecho a la redención de pena por cien (100) días”.

<sup>47</sup> A algunas de las otras reclusas se les impuso la misma sanción que a la accionante (pérdida de 100 días de redención), y para otra(s) la sanción fue de 80 días. Ni en la Resolución 0417 de 2017 ni en el expediente se aclara a quién(es) [distinta(s) a la accionante] se le impuso una sanción menor (pérdida de 80 días de redención). Al respecto, el artículo primero, de la parte resolutive de la Resolución No 0417 de 2017 estableció lo siguiente: “Sancionar disciplinariamente al (los) interno (s) Cuéllar Fajardo Yeiner Alexander, Amaya Galindo Angel Gabriel, Benítez José David, Rojas José Gabriel con 100 y 80 días pérdida de redención, por haber incurrido en la violación de la Ley 65 de 1993, artículo 121 de las faltas graves, artículo 134 de la Resolución 001 de 2011 Reglamento del Régimen Disciplinario, de acuerdo a la parte motiva del presente acto administrativo”. (se omiten mayúsculas sostenidas del texto original).

<sup>48</sup> El numeral 2 del inciso 2 del artículo 78 de la Ley 1709 de 2014, reformó el numeral 1 del inciso 2 del artículo 123 de la Ley 65 de 1993 y aumentó el número de días de redención de pena que se pueden perder como sanción. Se pasó de hasta 60 días (numeral 1 del artículo 123 de la Ley 65 de 1993) a un rango de 60 a 120 días (numeral 2 del inciso 2 del artículo 78 de la Ley 1709 de 2014).

<sup>49</sup> Cuaderno 2, folios 61 y 62 del expediente.

<sup>50</sup> Esto, en concordancia con lo establecido al respecto en el inciso segundo del artículo 135 del Código Penitenciario y Carcelario (“La decisión admite el recurso de reposición por parte del sancionado, debidamente sustentado, interpuesto en el término de tres días el cual se resolverá dentro de los dos días siguientes”), que fue declarado exequible en la sentencia C-184 de 1998. M.P. Carlos Gaviria.

1.10.2. La accionante no presentó ningún recurso contra la Resolución No 0417 de 2017.

## 2. Acción de tutela

2.1. La accionante<sup>51</sup> presentó el 4 de abril de 2017, en el EP “Las Heliconias” la tutela<sup>52</sup> de la referencia para que “*se protejan y tutelen todos mis derechos fundamentales vulnerados y amenazados*”<sup>53</sup>. En otro aparte de la demanda, menciona la vulneración y amenaza de sus derechos fundamentales a la intimidad personal, la dignidad humana y a no ser discriminada por hacer parte de la población LGBTI.

2.2. En su escrito hace una descripción de los hechos ocurridos en la mañana del 17 de mayo de 2016 en el patio 3 del EP, a los que se hizo referencia en el acápite de hechos relevantes de esta sentencia. Resalta que los funcionarios a cargo del operativo fueron groseros con ella y le dijeron que se tenía que quitar toda la ropa. Al respecto, señaló que por hacer parte de la población LGBTI los ampara una ley y que su requisita debe ser distinta a la de los demás internos. Además menciona que ella no fue grosera con los dragoneantes ni con el Inspector Jefe.

2.3. Por otro lado, resalta que nunca le brindaron un abogado y le requiere al juez que investigue su caso y le diga si tiene derecho a uno. Solicita que se le tutelen y protejan sus derechos fundamentales vulnerados y amenazados y que se ordene al EP “Las Heliconias” y al Grupo de Investigaciones Disciplinarias “*que me quiten la sanción, cuyo (sic) me sancionaron ilegalmente*”<sup>54</sup>.

## 3. Respuesta de la accionada

3.1. El Director (E) del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias” dio respuesta a la acción de tutela<sup>55</sup> el 18 de abril de 2017 y solicitó que ese centro de reclusión fuera desvinculado del proceso. Considera que operó la figura de la carencia actual de objeto, dado que “*(...) queda demostrado que por parte de este establecimiento no se le han vulnerado los derechos que le asisten al*

---

Al respecto, cabe mencionar que la Resolución 6349 de 2016 (Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC) establece en el inciso 5 del artículo 134 que el Consejo de Disciplina resolverá el recurso de apelación contra los fallos proferidos por esta misma instancia frente a faltas graves. Para tal efecto, el parágrafo 1 del artículo 135 determina que este Consejo estará dividido en dos (2) grupos funcionales. Uno será el que investigue y sancione las faltas graves y será competente para conocer del recurso de reposición interpuesto contra sus propias decisiones. El segundo grupo conocerá del recurso de apelación interpuesto contra las decisiones adoptadas por el primero.

<sup>51</sup> De acuerdo con la información suministrada por la accionante en la diligencia de descargos y versión libre y espontánea, que rindió el 8 de agosto de 2016 en el marco del proceso disciplinario No 165/2016, ella es vendedora ambulante y carece de grado de escolaridad alguno (Cuaderno 2, folio 38 del expediente).

<sup>52</sup> Cuaderno 2, folios 2 al 5 del expediente. Esta acción de tutela fue escrita a mano.

<sup>53</sup> Cuaderno 2, folio 2 del expediente.

<sup>54</sup> Cuaderno 2, folio 5 del expediente.

<sup>55</sup> Cuaderno 2, folios 10 al 12 del expediente.

*accionante*”<sup>56</sup>.

3.2. En su escrito describió el trámite surtido en el proceso disciplinario No 165/2016 y señaló que *“se han realizado todas las actuaciones de nuestra competencia en virtud de garantizar debido proceso y demás derechos que le asisten”*<sup>57</sup> a José David Benítez.

3.3. Frente a los hechos investigados en el proceso disciplinario de la referencia, resaltó lo siguiente:

*“(…) existe prueba filmica de la acción y comportamiento del interno Benítez José David en la cual se evidencia que en ningún momento los funcionarios involucrados en esta declaración que sobre pasa la verdad actuaron de manera burlona, grosera o denigrante, por lo contrario los funcionarios encargados actuaron de manera seria y profesional al observar el comportamiento temperamental de estos internos, quienes manifiestan que el procedimiento de requisita para ellos debe ser solamente con canino y garret (…)”*<sup>58</sup>

3.4. Respecto de la solicitud del accionante de contar con un abogado durante el trámite del proceso disciplinario, afirmó lo siguiente:

*“Para el día siete (07) de octubre de 2016 es llamado a rendir diligencia de versión libre y espontánea por parte del interno Benítez José David, quien solicita la presencia de abogado para rendir la declaración, por lo cual se le otorga diez días para que haga presencia con el mismo en la oficina de investigaciones internas, respetándole su derecho al debido proceso y defensa; al transcurrir el tiempo y al observar que el abogado del señor Benítez no hizo presencia en el establecimiento se procede nuevamente a llamar al interno para tomar diligencia de versión libre el día treinta y uno (31) de octubre de 2016, quien manifestó no rendir diligencia de versión libre y espontánea”*<sup>59</sup>.

#### **4. Decisión objeto de revisión**

4.1. El Juzgado Tercero Administrativo de Florencia<sup>60</sup>, mediante la sentencia JTA-237, proferida el 26 de abril de 2017, negó el amparo solicitado al derecho fundamental a la dignidad humana de la accionante. Este fallo no fue apelado por ella.

4.2. El juez de tutela fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

*“(…) a pesar que el accionante cuenta con ciertas garantías al*

---

<sup>56</sup> Cuaderno 2, folio 12 del expediente.

<sup>57</sup> Cuaderno 2, folio 12 del expediente.

<sup>58</sup> Cuaderno 2, folio 11 del expediente

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Cuaderno 2, folios 63 al 69 del expediente.

*pertenecer a la comunidad LGBTI, no se puede excusar en su condición sexual para obviar la normatividad aplicable en materia de ejecución de las penas privativas de la libertad y los procedimientos efectuados por los miembros de control y vigilancia del EP Las Heliconias, pues se estaría poniendo en riesgo la seguridad y el orden interno del establecimiento penitenciario.*

*(...) queda claro que en el presente caso prevalece la seguridad y el orden interno del Establecimiento penitenciario Las Heliconias, razón por la cual no se está vulnerando el Derecho fundamental a la dignidad humana del accionante, en otras palabras, debe considerarse y darse un trato acorde a las condiciones y preferencias sexuales y de comportamiento de los internos, permitiendo la privacidad, la intimidad y el respeto de sus derechos, pero no se puede, amparado en esa condición no dar acatamiento a los procedimientos y reglamentos de los establecimientos carcelarios, cuando estos protegen el núcleo esencial de la dignidad humana, porque impediría el ejercicio disciplinario inherente a las funciones que cumple el INPEC”<sup>61</sup>.*

## **II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **1. Competencia**

1. Esta Corte es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017) proferido por la Sala de Selección Número Ocho de esta Corporación, que decidió seleccionar el referido expediente para su revisión.

### **2. Planteamiento de los problemas jurídicos y asuntos a tratar**

2. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala Novena de Revisión debe resolver los siguientes problemas jurídicos:

2.1. ¿Esta acción de tutela cumple los requisitos de procedibilidad de inmediatez y de subsidiariedad, si se tiene en cuenta que fue presentada por una persona privada de la libertad, menos de un mes después de la notificación de la Resolución sancionatoria No 417 de 2017, proferida por el Consejo de Disciplina del EP “Las Heliconias”, pero previamente no interpuso los recursos de vía gubernativa contra ese acto administrativo?

2.2. En caso de que la acción de tutela resultara procedente, la Sala deberá resolver si ¿el EP “Las Heliconias” vulneró el derecho al debido proceso de la accionante al considerar (i) que constituye una falta grave disciplinaria (Ley 65

---

<sup>61</sup> Cuaderno 2, folio 68 del expediente.

de 1993, Art. 121, num. 16, 17, 24 y 29)<sup>62</sup> negarse silenciosamente a la práctica de una requisita de tercer nivel, realizada por funcionarios hombres, pero sí acceder a otro tipo de requisita que no implicó quitarse la ropa, y (ii) que tal acción amerita como sanción la pérdida del derecho de redención de pena por 100 días (más de 3 meses), un poco menos del tope máximo previsto para las faltas graves (120 días)?

3. Para responder a estos problemas jurídicos, se desarrollarán las siguientes temáticas: (i) el contenido de los requisitos de procedibilidad de inmediatez y subsidiariedad y su aplicación al caso objeto de revisión, y (ii) el régimen disciplinario penitenciario, las limitaciones a los derechos de las personas privadas de la libertad, el derecho al debido proceso en este tipo de procesos disciplinarios, las faltas leves y graves (Ley 65 de 1993, Art. 121) y el amplio margen de apreciación de los operadores disciplinarios. Posteriormente será resuelto el caso concreto.

### **3. Cuestión previa. Procedencia de la acción de tutela**

#### **3.1. Jurisprudencia constitucional en relación con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad**

4. Frente al requisito de *inmediatez*, la Corte Constitucional ha indicado que la acción de tutela debe ser presentada oportunamente y dentro de un plazo razonable<sup>63</sup>. Con ello se preserva la naturaleza de la acción y se garantiza la seguridad jurídica<sup>64</sup>. Esta Corporación ha precisado que la revisión del requisito de inmediatez no se limita a la verificación del tiempo transcurrido entre la vulneración o amenaza de los derechos y la instauración de la acción de tutela. Tal revisión implica un análisis de cada caso en particular<sup>65</sup>.

5. Con respecto al requisito de *subsidiariedad*, la Corte ha señalado que la tutela no reemplaza otras acciones judiciales con las que cuentan los ciudadanos para la defensa de sus derechos. Por regla general, la acción de tutela no es procedente cuando existen otros medios de defensa judicial. Así lo dispone el artículo 86 de la Constitución, al establecer que la acción de tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”<sup>66</sup>. En conclusión, en principio, la acción de tutela sólo procede si se han agotado todas las instancias y los recursos con los que cuenta

---

<sup>62</sup> Ley 65 de 1993, Art. 121, num 16: “*Agredir, amenazar o asumir grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, funcionarios judiciales, administrativos, los visitantes y los compañeros*”; num. 17: “*Incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas graves o leves*”; num 24: “*Asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión*” y num. 29: “*El incumplimiento grave al régimen interno y a las medidas de seguridad de los centros de reclusión*”.

<sup>63</sup> Sentencias SU-189 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza y T-246 de 2015. M.P. Martha Victoria Sánchez.

<sup>64</sup> Esto no significa que se esté imponiendo un término de caducidad. De acuerdo con lo establecido en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela se puede instaurar en cualquier tiempo. Sentencias SU-961 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo; T-374 de 2012. M.P. María Victoria Calle; y T-060 de 2016. M.P. Alejandro Linares.

<sup>65</sup> Sentencia SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas.

<sup>66</sup> Ver al respecto el numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 y las Sentencias T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas, y T-158 de 2015. M.P. Mauricio González.

el afectado para la protección de sus derechos<sup>67</sup>.

6. No obstante lo anterior, esta Corporación ha precisado que en el análisis de la procedencia de la acción, no basta con verificar la existencia de un medio ordinario de defensa judicial, para declarar improcedente la tutela interpuesta. Es necesario estudiar también (i) si éste es idóneo y eficaz, y (ii) si existe la posibilidad de ocurrencia de un perjuicio irremediable<sup>68</sup>.

6.1. Frente a la primera circunstancia mencionada, la Corte ha señalado que la tutela procede cuando el otro medio de defensa no es idóneo o eficaz, para la protección de los derechos fundamentales del accionante. En particular, ha sostenido que la *idoneidad* consiste en la aptitud material del mecanismo judicial para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Respecto a la *eficacia*, se ha establecido que se refiere a la capacidad del otro mecanismo judicial disponible para proteger de manera integral y oportuna el derecho amenazado o vulnerado<sup>69</sup>.

6.2. Para verificar el cumplimiento de estas dos características (idoneidad y eficacia) en el otro mecanismo judicial disponible, se deben revisar, entre otros aspectos, los siguientes: (i) los hechos del caso, (ii) si el otro medio de defensa brinda la misma protección que la acción de tutela, (iii) el tiempo que tardaría la jurisdicción ordinaria en resolver el caso, (iv) si existe la posibilidad de ejercer el derecho fundamental amenazado o vulnerado durante el trámite ordinario, (v) la disponibilidad de instancias e incidentes procesales a través de los cuales, se puedan exponer argumentos relativos a la protección de los derechos fundamentales, (vi) si se presentan circunstancias que expliquen por qué el accionante no promovió el mecanismo judicial ordinario, antes de acudir a la acción de tutela; y (vii) si el accionante es un sujeto de especial protección constitucional<sup>70</sup>.

6.3. En las circunstancias antes descritas, la Corte ha admitido excepcionalmente la procedencia de la acción de tutela, dado que se constata la inexistencia de otro mecanismo judicial, o su ineficacia o no idoneidad para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Ahora bien, cuando existe otro mecanismo disponible, que cumple con los requisitos de idoneidad y eficacia, la acción tutela sólo será procedente cuando se evidencie la amenaza de *un perjuicio irremediable*.

7. En tal evento, esta Corporación ha establecido que la tutela resulta procedente y que el amparo será transitorio, hasta que la situación sea resuelta de manera definitiva por la jurisdicción competente. El accionante deberá presentar las acciones ordinarias correspondientes, dentro del término máximo de 4 meses, contados a partir de la notificación de la sentencia de tutela. En caso de no cumplir con esta disposición, la protección concedida mediante la acción de

---

<sup>67</sup> Sentencia T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

<sup>68</sup> Sentencias T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas; T-841 de 2014. M.P. María Victoria Calle y T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

<sup>69</sup> Sentencia T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

<sup>70</sup> Sentencia T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas.

tutela dejará de tener efecto.

7.1. Cuando se acude a la acción de tutela como un mecanismo transitorio de protección, el accionante deberá demostrar la necesidad de la medida, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. La jurisprudencia constitucional ha determinado las siguientes circunstancias relacionadas con el perjuicio irremediable que se pretende evitar:

*“(i) que se esté ante un perjuicio inminente o próximo o suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño;*

*(ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona;*

*(iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y*

*(iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable”<sup>71</sup>.*

### **3.2. La acción de tutela es procedente por el cumplimiento de los requisitos de inmediatez, subsidiariedad y de legitimación en la causa**

8. La Corte constata que en este caso se cumplió con el requisito de *inmediatez*. La resolución mediante la cual fue sancionada la accionante (Res. 417 de 2017 del Consejo de Disciplina del EP “Las Heliconias”) le fue notificada el 9 de marzo de 2017, y menos de un mes después (4 de abril de 2017) interpuso la acción de tutela de la referencia. Este lapso resulta razonable y cumple con el requisito de *inmediatez*.

9. Así mismo, la Corte verifica el cumplimiento del requisito de *subsidiariedad*. El recurso de reposición ante el Consejo de Disciplina del EP (escrito y debidamente sustentado, de acuerdo con lo señalado en el numeral segundo de la parte resolutive de la Resolución No 0417 de 2016 y en el inciso segundo del artículo 135 del Código Penitenciario y Carcelario) no resultaba ser un mecanismo eficaz para la protección del derecho fundamental al debido proceso de la accionante. Este debía ser interpuesto, se reitera, por escrito y debidamente sustentado, por una persona sin ningún tipo de escolaridad<sup>72</sup>, sin acceso efectivo a asistencia legal (tal como se evidenció en el trámite del proceso disciplinario)<sup>73</sup> y en situación de especial sujeción al Estado, dentro de

<sup>71</sup> Sentencias T-716 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas, y T-150 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

<sup>72</sup> Es pertinente reiterar un hecho, al que se hizo referencia anteriormente, consistente en que la accionante, en la diligencia de descargos y versión libre y espontánea, que rindió el 8 de agosto de 2016 en el marco del proceso disciplinario No 165/2016, afirmó que ella es vendedora ambulante y que carece de grado de escolaridad alguno (Cuaderno 2, folio 38 del expediente).

<sup>73</sup> El EP “Las Heliconias” le impuso a la accionante la carga de que, desde su reclusión y sin ningún tipo de

un término extremadamente corto (tres días siguientes a la notificación de la Resolución).

10. Al respecto, la Corte ha establecido en reiterada jurisprudencia<sup>74</sup>, que las personas privadas de la libertad están en una relación especial de sujeción al Estado. Tal relación conlleva cinco (5) consecuencias principales, entre las que se incluye la siguiente:

*“(iii) El deber positivo<sup>75</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”<sup>76</sup>. (Subrayado fuera del texto original)*

11. Así mismo, esta Corporación ha señalado que las personas privadas de la libertad son sujetos de especial protección constitucional. La Corte ha destacado que estos sujetos enfrentan obstáculos materiales reales, para la interposición de acciones judiciales y que deben ser tenidos en cuenta al momento de evaluar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad para la procedencia de una acción de tutela para la protección de sus derechos y para conferir el amparo con carácter permanente y no transitorio.

12. Al respecto, en la Sentencia T-686 de 2016<sup>77</sup>, la Corte precisó lo siguiente al respecto:

*“Dentro de las consideraciones de la sentencia [haciendo referencia a la sentencia T-388 de 2013], la Sala indicó que “los menos privilegiados, las personas más descuidadas y abandonadas a su suerte y sus problemas, como es el caso de las personas privadas de la libertad” son sujetos de especial protección constitucional en razón a la masiva y generalizada violación de sus derechos fundamentales al interior de los mismos centros de reclusión. De ahí que sus garantías constitucionales deben “ser [protegidas] con celo en una democracia”. Recordó entonces que la acción de tutela adquiere un lugar protagónico y estratégico en un Sistema penitenciario y carcelario, en crisis, que muchas veces implica un peligro grave, real e inminente. A través de ella “no sólo se [permite] asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales, en general, sino que, además, [permite] a las autoridades tener noticia de graves amenazas que [están] teniendo*

---

escolaridad, encontrarse la manera de obtener asesoría jurídica para adelantar el proceso disciplinario en su contra y recurrir la sanción que le fue impuesta. En ningún momento le explicó a la accionante cuál era la ruta institucional disponible para que pudiera acceder a un defensor público, ni contactó a la Defensoría del Pueblo para que esta entidad se encargara de proveerle uno.

<sup>74</sup> Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-596 de 1992. M.P. Ciro Angarita; T-881 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre; T-490 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre; T-274 de 2005. M.P. Humberto Antonio Sierra; T-571 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra; T-705 de 2009. M.P. Nilson Pinilla; T-062 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas; T-311 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao y T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle.

<sup>75</sup> “Sobre el contenido de este deber positivo ver la sentencia T-153 de 1998”.

<sup>76</sup> Sentencia T-881 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre.

<sup>77</sup> M.P. María Victoria Calle.

lugar. En este sentido, la jurisprudencia constitucional [ha] reconocido que la acción de tutela [es] un derecho protegido de forma especial para personas privadas de la libertad””.

13. Adicionalmente, frente a la legitimación en la causa (por activa y pasiva), esta Corporación comprueba que se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución y en los artículos 1 y 13 del Decreto 2591 de 1991. La entidad demandada (legitimidad por pasiva) es una autoridad pública, a la que pertenece el Consejo de Disciplina que le impuso la sanción a la accionante. Ella, a su vez, es una persona natural, quien actuó en nombre propio (legitimidad por activa) y quien fue sancionada por la mencionada entidad, dentro del proceso disciplinario carcelario que se adelantó en su contra.

14. En virtud del análisis antes expuesto, la Corte concluye que la acción de tutela objeto de revisión es procedente. Cumple con los requisitos de inmediatez y de subsidiariedad, y con la legitimación por activa y pasiva. Así mismo, en atención a la especial protección constitucional de la que goza la accionante, en virtud de su reclusión en un establecimiento carcelario, y a la relación de sujeción en la que se encuentra y carecer de escolaridad, es procedente conferirle una protección definitiva y no con carácter transitorio.

15. A continuación se presentarán las consideraciones frente al problema jurídico de fondo planteado. Para tal efecto, se abordarán las siguientes temáticas, antes anunciadas: el régimen disciplinario penitenciario, las limitaciones a los derechos de las personas privadas de la libertad, las faltas leves y graves (Ley 65 de 1993, Art. 121), el amplio margen de apreciación de las autoridades administrativas disciplinarias y el derecho al debido proceso en los procesos disciplinarios penitenciarios. Posteriormente será resuelto el caso concreto.

#### **4. El régimen disciplinario de los centros de reclusión consagra faltas leves y graves (Ley 65 de 1993, Art. 121) frente a las que existe un amplio margen de apreciación por parte de los operadores disciplinarios (Director y Consejo de Disciplina). Alcance del derecho al debido proceso en el régimen disciplinario carcelario**

16. El régimen disciplinario de los establecimientos de reclusión se encuentra regulado en el Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014) y por la Resolución 6349 de 2016 (“*Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC*”). Este Código tipifica (Art. 121) las faltas leves (16 conductas)<sup>78</sup> y graves (29 conductas), sus respectivas sanciones (Art. 123), la finalidad de la sanción (Art. 124), las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta en la calificación de las faltas (Art. 127), las autoridades encargadas de imponerlas en atención al tipo de falta (Arts. 117, 118 y 133), la garantía al

---

<sup>78</sup> Una de éstas (“*descansar en la cama durante el día sin motivo justificado*”, Art. 121, num. 7) fue declarada inexecutable en la sentencia C-184 de 1998. M.P. Carlos Gaviria.

debido proceso (Art. 134), las autoridades competentes para disminuir o revocar las sanciones impuestas (Art. 136), la competencia general del Director(a) del INPEC para revocar la calificación de las faltas y de las sanciones (Art. 117, parágrafo) y la existencia de un reglamento disciplinario expedido por el INPEC (Art. 116).

17. A continuación, se presentarán algunas consideraciones generales sobre las particularidades de los procesos disciplinarios frente a los procesos penales, el alcance restringido de algunos derechos durante la reclusión y se concluirá haciendo referencia al alcance del derecho al debido proceso de las personas privadas de la libertad en el marco de los procesos disciplinarios penitenciarios.

18. Posteriormente, se describirán cuáles son las conductas que constituyen faltas leves y graves en el régimen disciplinario de los centros de reclusión. Se continuará analizando el amplio margen de apreciación que tienen las autoridades administrativas disciplinarias para valorar los hechos y determinar si existió o no una falta. En caso de considerar que sí se configuró una, tienen también un amplio margen para calificarla (en leve o grave) y derivado de ello, para determinar la sanción aplicable, dentro de un grupo de opciones previstas en el artículo 123 del Código Penitenciario y Carcelario, que varían según su grado de limitación de derechos.

#### **4.1. Consideraciones generales sobre los procesos disciplinarios frente a los procesos penales. El alcance restringido de algunos derechos durante la reclusión y el alcance del derecho al debido proceso de las personas privadas de la libertad en el marco de los procesos disciplinarios penitenciarios**

##### **4.1.1. Consideraciones generales sobre los procesos disciplinarios frente a los procesos penales.**

19. En reiteradas oportunidades, la Corte se ha pronunciado respecto a las diferencias y similitudes entre el régimen disciplinario y el régimen penal. Al respecto, ha establecido lo siguiente:

*“(...) la Corte ha sostenido que el derecho administrativo sancionador como expresión punitiva del Estado, se encuentra sujeto a los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley. Reconociendo que, en todo caso, debido a las particularidades de cada una de las modalidades sancionatorias, que difieren en cuanto a sus intereses, sujetos involucrados, sanciones y efectos jurídicos sobre la comunidad, dichos principios consagrados en la Constitución adquieren matices dependiendo precisamente del tipo de derecho sancionador de que se trate.*

*“(...) para la Corte no cabe duda alguna que en el ámbito disciplinario los principios de legalidad y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten bajo determinadas*

*condiciones el uso de tipos abiertos y de conceptos jurídicos indeterminados, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables. Sin embargo, en aras de preservar el principio de reserva de ley, esta Corporación ha sostenido que es para el legislador un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, como mínimo, (i) los presupuestos básicos de la conducta típica que será sancionada, (ii) las remisiones normativas o los elementos determinables cuando se haya previsto un tipo en blanco o un concepto jurídico indeterminado, (iii) los criterios por medio de los cuales se puede precisar con claridad y exactitud la conducta, (iv) las sanciones y las pautas mínimas que permitan su imposición y (v) los procedimientos que se adelanten para garantizar que su establecimiento se hará conforme a las exigencias mínimas del debido proceso<sup>79</sup>”<sup>80</sup>. (Subrayado fuera del texto original)*

20. Este contexto de diferenciación entre el derecho disciplinario y el derecho penal, debe ser tenido en cuenta en los análisis que se presentan a continuación.

#### **4.1.2. El alcance restringido de algunos derechos durante la reclusión**

21. Las personas privadas de la libertad, en virtud de tal condición, tienen algunos de sus derechos limitados. Así lo ha señalado la Corte, en reiterada jurisprudencia<sup>81</sup> y ha distinguido diferentes grados de limitación, en atención a diferentes grupos de derechos fundamentales. Así por ejemplo, en la sentencia T-511 de 2009<sup>82</sup>, citada por el Juzgado Tercero Administrativo de Florencia en el fallo de tutela, la Corte presenta la siguiente tipología de derechos de las personas reclusas: derechos suspendidos, derechos restringidos y derechos intocables.

21.1. Los primeros son “(...) *aquellos suspendidos como consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, lo cual se justifica constitucional y legalmente por los fines de la sanción penal. Dentro de este grupo encontramos derechos como la libre locomoción, la libertad física y, para el caso de los condenados, los derechos políticos como el derecho al voto, el ejercicio de cargos públicos y el derecho a ejercer la acción de inconstitucionalidad*”.

21.2. Los segundos, son los que “(...) *se encuentran restringidos o limitados por la especial sujeción del interno al Estado y tienen sentido porque con ello se pretende contribuir al proceso de resocialización del condenado y garantizar la disciplina, seguridad y salubridad en las cárceles. Encontramos limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, al trabajo y a la educación. En relación con estos derechos, el Estado no sólo*

---

<sup>79</sup> “Véase, entre otras, la sentencia C-406 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández”.

<sup>80</sup> Sentencia C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar.

<sup>81</sup> Ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-153 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes; T-690 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra; T-266 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio y T-388 de 2013. M.P. María Victoria Calle.

<sup>82</sup> M.P. Jaime Araújo.

*tiene deberes de abstención, sino también de prestación y acción en defensa de los derechos del individuo, puesto que, en algunas ocasiones, a las autoridades públicas corresponde adelantar medidas positivas para que los derechos fundamentales de los reclusos puedan ser realmente eficaces”.*

21.3. Los terceros son los que “(...) *se encuentran intactos, pues aquellos derivan directamente de la dignidad del ser humano y, por consiguiente, su restricción o suspensión dejarían sin efectos el carácter humanista de la Constitución de 1991. (...) Son ejemplo de éstos: los derechos a la vida, a la integridad personal física y moral, la libertad de cultos, la libertad para escoger profesión u oficio (no para ejercer), el derecho al debido proceso judicial y administrativo, los derechos de defensa, de petición, a la salud, a la igualdad, al reconocimiento de la personalidad jurídica”.* (Subrayado fuera del texto original).

21.4. Dentro de los *derechos intocables* de los reclusos se encuentran los derechos al debido proceso y de defensa. Estos no se encuentran limitados como consecuencia de la privación de la libertad. Mantienen su mismo alcance y garantía, independientemente de la situación de reclusión y de la especial relación de sujeción con el Estado. No obstante, un asunto diferente es que dependiendo del régimen que se esté aplicando (penal o disciplinario), este derecho tenga un alcance diferente, independientemente de la condición de reclusión.

#### **4.1.3. El alcance del derecho al debido proceso de las personas privadas de la libertad en el marco de los procesos disciplinarios penitenciarios**

22. La Corte se ha pronunciado con anterioridad sobre los principios que explican la existencia de un régimen disciplinario en los establecimientos carcelarios. Al respecto, ha señalado lo siguiente:

*“Los motivos que asisten al legislador para expedir un régimen disciplinario aplicable a los internos en establecimientos penitenciarios y carcelarios no son otros que los de permitir el cumplimiento de la finalidad buscada por la pena impuesta en un ambiente de respeto y consideración por el otro, sea condenado o sea guardián. ‘El orden penitenciario se enmarca dentro del criterio de la resocialización, y para ello es necesaria, la disciplina, entendida como la orientación reglada hacia un fin racional, a través de medios que garanticen la realización ética de la persona. La disciplina, pues, no es fin en sí mismo, sino una vía necesaria para la convivencia humana elevada a los más altos grados de civilización. Ella no anula la libertad, sino que la encauza hacia la perfectibilidad racional. Se trata entonces, de un proceso de formación del carácter, que tiende a la expresión humanista y humanitaria en sentido armónico’<sup>83</sup>*

*Un régimen disciplinario así entendido no atenta contra los derechos*

---

<sup>83</sup> Sentencia C-394 de 1995. M.P. Vladimiro Naranjo.

*de los internos. Puede imponer ciertas restricciones y ajustar algunos comportamientos, pero responde a las exigencias de la vida de la colectividad carcelaria y propende por el mantenimiento de un ambiente sano, higiénico, seguro y organizado*”<sup>84</sup>.

23. Derivado de estos objetivos, la Corte concluyó que “*establecer ciertas pautas, más o menos severas, de comportamiento*” [haciendo referencia a la consagración de faltas leves y graves, sobre las que se hará mención en la siguiente sección] y determinar las respectivas sanciones, en caso de incumplimiento, son acciones con las que se busca “*preservar el orden en la institución y la convivencia armoniosa*”<sup>85</sup> y en últimas, garantizar las condiciones requeridas para el cumplimiento de los fines de las penas impuestas en el proceso penal.

24. El artículo 134 del Código Penitenciario y Carcelario se titula “*debido proceso*” y describe las diferentes etapas y actuaciones dentro del proceso disciplinario carcelario y algunas facultades conferidas a los investigados. Se transcribe a continuación:

*“Corresponde al director del establecimiento recibir el informe de la presunta falta cometida por el interno. El director lo pasará al subdirector si lo hubiere o caso contrario, lo asumirá directamente para la verificación de la falta denunciada, debiéndose oír en declaración de descargos al interno acusado. Por decisión del instructor o a solicitud del presunto infractor se practicarán las pruebas pertinentes.*

*El instructor devolverá en el término de dos días el instructivo al director si se trata de falta leve de cuatro si es falta grave, con el concepto de la calificación de la falta cometida. Si hubiere pruebas que practicar estos términos se ampliarán en tres días. Una vez recibido por el director, éste decidirá en el mismo día si es de su competencia aplicar la sanción por tratarse de falta leve o si debe convocar al Consejo de Disciplina para el efecto, cuando la falta revista el carácter de grave.*

*En caso que sea el director quien debe asumir directamente la investigación dispondrá del mismo tiempo consagrado en el inciso anterior para tomar la decisión”.* (subrayado fuera del texto original)

25. Respecto del contenido del derecho al debido proceso en los procesos disciplinarios carcelarios, la Corte sostuvo lo siguiente, al revisar y declarar la exequibilidad del inciso 2 del artículo 135 del Código Penitenciario y Carcelario, referente a la posibilidad de presentar recurso de reposición contra la decisión sancionadora:

*“Es menester recalcar que el debido proceso es una garantía que no*

---

<sup>84</sup> Sentencia C-184 de 1998. M.P. Carlos Gaviria.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

*se agota o se identifica exclusivamente con las formas o los ritos. Detrás de los elementos de técnica jurídica hay una justificación material que busca otorgar adecuados mecanismos de conocimiento y defensa a quienes intervienen en un proceso.*

*El proceso disciplinario establecido en el Código Penitenciario, busca consagrar claramente el camino a seguir en caso de cometer una falla que viole el régimen de comportamiento establecido para los internos. Se trata de una metodología que se aplica sin distinciones, a la totalidad de la población carcelaria preservando así el principio de igualdad propio de las investigaciones disciplinarias y estableciendo una serie de garantías que no se agotan en el texto del artículo 135 demandado, pues consagra otros principios relacionados con la debida investigación de los hechos, la fundamentación de las sanciones y la posibilidad de revocar o suspender provisionalmente los castigos impuestos que tienen como único propósito proteger a los internos y asegurarles un proceso justo y legal<sup>86</sup>”<sup>87</sup>.*

#### **4.2. Faltas leves y graves del régimen disciplinario de los centros de reclusión (Ley 65 de 1993, Art. 121) y el amplio margen de apreciación conferido a los operadores disciplinarios**

26. El artículo 121 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993, modificada por la Ley 1709 de 2014) tipifica 16 conductas que son consideradas faltas leves y 29 conductas que son calificadas como faltas graves. Al comparar ambos listados entre sí, la Sala evidencia que existen algunas conductas descritas en términos muy generales y otras relativamente similares.

27. A continuación se listarán (i) las conductas que son consideradas faltas leves, (ii) las que constituyen faltas graves, (iii) y (iv) las sanciones previstas para cada tipo de faltas y (v) se concluirá analizando el amplio margen de apreciación con el que cuentan las autoridades administrativas disciplinarias en los centros de reclusión para considerar que una conducta es una falta y para tipificarla en una u otra calificación. Esto a su vez, repercute en el tipo de sanción que les es aplicable, dado que son sustancialmente diferentes dependiendo de si se trata de una falta grave o leve.

##### **a) Faltas leves (Ley 65 de 1993, Art. 121, inc. 1)**

28. De acuerdo con el Código Penitenciario y Carcelario, las siguientes conductas constituyen faltas leves:

- “1. Retardo en obedecer la orden recibida.*
- 2. Descuido en el aseo personal, del establecimiento, de la celda o taller.*

---

<sup>86</sup> “Artículos 133, 134, 135, 136, 137 y 138 de la Ley 65 de 1993”.

<sup>87</sup> Sentencia C-184 de 1998. M.P. Carlos Gaviria.

3. *Negligencia en el trabajo, en el estudio o la enseñanza*
4. *Violación del silencio nocturno. Perturbación de la armonía y del ambiente con gritos o volumen alto de aparatos o instrumentos de sonido, sin autorización.*
5. *Abandono del puesto durante el día.*
6. *Faltar al respeto a sus compañeros o ridiculizarlos.*
7. [este numeral fue declarado inexecutable, mediante la sentencia C-184 de 1998]
8. *Causar daño por negligencia o descuido al vestuario, a los objetos de uso personal, a los materiales o a los bienes muebles entregados para su trabajo, estudio o enseñanza.*
9. *Violar las disposiciones relativas al trámite de la correspondencia y al régimen de las visitas.*
10. *Eludir el lavado de las prendas de uso personal, cuando reglamentariamente le corresponda hacerlo.*
11. *Emitir expresiones públicas o adoptar modales o aptitudes contra el buen nombre de la justicia o de la institución, sin perjuicio del derecho a elevar solicitudes respetuosas.*
12. *No asistir o fingir enfermedad para intervenir en los actos colectivos o solemnes programados por la Dirección.*
13. *Cometer actos contrarios al debido respeto de la dignidad de los compañeros o de las autoridades.*
14. *Irrespetar o desobedecer las órdenes de las autoridades penitenciarias y carcelarias.*
15. *Incumplir los deberes establecidos en el reglamento interno.*
16. *Faltar sin excusa al trabajo, al estudio o a la enseñanza.*
17. *Demorar sin causa justificada la entrega de bienes o herramientas confiadas a su cuidado”.*

**b) Faltas graves (Ley 65 de 1993, Art. 121, inc. 2)**

29. El Código Penitenciario y Carcelario tipifica las siguientes conductas como faltas graves:

- “1. *Tenencia de objetos prohibidos como armas; posesión, consumo o comercialización de sustancias alucinógenas o que produzcan dependencia física o psíquica o de bebidas embriagantes.*
2. *La celebración de contratos de obra que deban ejecutarse dentro del centro de reclusión, sin autorización del Director.*
3. *Ejecución de trabajos clandestinos.*
4. *Dañar los alimentos destinados al consumo del establecimiento.*
5. *Negligencia habitual en el trabajo o en el estudio o en la enseñanza.*
6. *Conducta obscena.*
7. *Dañar o manchar las puertas, muros del establecimiento o pintar en ellas inscripciones o dibujos, no autorizados.*
8. *Romper los avisos o reglamentos fijados en cualquier sitio del establecimiento por orden de autoridad.*
9. *Apostar dinero en juegos de suerte o azar.*

10. *Abandonar durante la noche el lecho o puesto asignado.*
11. *Asumir actitud irrespetuosa en las funciones del culto.*
12. *Hurtar, ocultar o sustraer objetos de propiedad o de uso de la institución, de los internos o del personal de la misma.*
13. *Intentar, facilitar o consumir la fuga.*
14. *Protestas colectivas.*
15. *Comunicaciones o correspondencia clandestina con otros condenados o detenidos y con extraños.*
16. *Agredir, amenazar o asumir grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios de la institución, funcionarios judiciales, administrativos, los visitantes y los compañeros.*
17. *Incitar a los compañeros para que cometan desórdenes u otras faltas graves o leves.*
18. *Apagar el alumbrado del establecimiento o de las partes comunes durante la noche, sin el debido permiso .*
19. *Propiciar tumultos, motines, lanzar gritos sediciosos para incitar a los compañeros a la rebelión. Oponer resistencia para someterse a las sanciones impuestas.*
20. *Uso de dinero contra la prohibición establecida en el reglamento.*
21. *Entregar u ofrecer dinero para obtener provecho ilícito; organizar expendios clandestinos o prohibido.*
22. *Hacer uso, dañar con dolo o disponer abusivamente de los bienes de la institución.*
23. *Falsificar documento público o privado, que pueda servir de prueba o consignar en él una falsedad.*
24. *Asumir conductas dirigidas a menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión.*
25. *Entrar, permanecer o circular en áreas de acceso prohibido, o no contar con la autorización para ello en lugares cuyo acceso esté restringido.*
26. *Hacer proselitismo político.*
27. *Lanzar consignas o lemas subversivos.*
28. *Incumplir las sanciones impuestas.*
29. *El incumplimiento grave al régimen interno y a las medidas de seguridad de los centros de reclusión”.*

**c) Sanciones para las faltas leves (Ley 65 de 1993, Art. 123, inc. 1, modificado por el artículo 78 de la Ley 1709 de 2014)**

30. El Código Penitenciario y Carcelario dispone que las sanciones tienen por finalidad “*encauzar y corregir la conducta de quienes han infringido las normas de la convivencia penitenciaria o carcelaria*” (Art. 124). Frente a las faltas leves, determina que la autoridad sancionadora escogerá una (1) de las siguientes sanciones:

- “1. *Amonestación con anotación en su prontuario, si es un detenido, o en su cartilla biográfica, si es un condenado.*
2. *Privación del derecho a participar en actividades de recreación hasta por ocho días.*

3. *Supresión hasta de cinco visitas sucesivas.*
4. *Suspensión parcial o total de alguno de los estímulos, por tiempo determinado”.*

**d) Sanciones para las faltas graves (Ley 65 de 1993, Art. 123, inc. 2, modificado por el artículo 78 de la Ley 1709 de 2014)**

31. En el caso de las sanciones de las faltas graves, el Código Penitenciario y Carcelario estipula que (i) “*se aplicarán gradualmente atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad de la sanción y los daños ocasionados con la comisión de la falta*”, y (ii) que el Consejo de Disciplina, a su elección, sólo aplicará una de las siguientes dos (2) sanciones:

*“1. Suspensión hasta de diez visitas sucesivas.*

*2. Pérdida del derecho de redención de la pena de sesenta (60) a ciento veinte (120 días)”.*

32. Al comparar las sanciones previstas para las faltas leves y las graves, la Sala observa, en primer lugar, que sólo las faltas graves tienen la posibilidad de ser sancionadas con la pérdida del derecho a redimir la pena (los individuos permanecen reclusos, con sus derechos limitados, lejos de su hogar, pero sin la posibilidad que el tiempo que dedican al trabajo, el estudio o la enseñanza les sea contabilizado para efectos de rebajar la pena que les fue impuesta en el proceso penal).

33. En segundo lugar, se concluye que ambos tipos de faltas pueden ser sancionadas con la suspensión de visitas sucesivas<sup>88</sup>. La diferencia son los topes máximos de la sanción (no los mínimos). En el caso de las faltas leves se pueden suspender hasta máximo cinco (5) visitas sucesivas y en el caso de las faltas graves el tope es el doble [hasta máximo diez (10) visitas sucesivas].

34. En tercer lugar, sólo las sanciones para las faltas leves contemplan la posibilidad de restringir, durante un tiempo determinado, las actividades de recreación y los estímulos. Las sanciones para las faltas graves no contemplan esa opción. Estas se reducen sólo a dos (2) opciones, vinculadas con el tiempo de redención de la pena y con las visitas sucesivas.

35. Así mismo, sólo las faltas leves contemplan la posibilidad de que la sanción consista en una amonestación con anotación en su cartilla biográfica (en el caso de los condenados) o en su prontuario (en el evento en que sean detenidos).

36. Por último, se debe mencionar que de acuerdo con lo establecido en el inciso 4 del artículo 137 del “*Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC*” (Resolución 6349 de 2016), quienes hayan sido sancionados por una falta grave, su conducta será

---

<sup>88</sup> Si bien los verbos rectores no son idénticos (en el caso de las faltas leves se refiere a la “supresión” y en el caso de las faltas graves a la “suspensión”), se puede deducir que se refieren a la misma acción.

calificada como mala, en la evaluación trimestral que efectúa el Consejo de Disciplina de la conducta de todos los reclusos (Art. 136 num. 1). Por su parte, quien haya sido sancionado por una falta leve, será calificado con regular (salvo que en el trimestre anterior haya obtenido como calificación “mala”, caso en el cual continuará con la misma valoración).

**e) El amplio margen de apreciación con el que cuentan las autoridades administrativas encargadas de aplicar el procedimiento disciplinario penitenciario**

37. El Legislador les otorgó a las autoridades administrativas disciplinarias carcelarias (Consejo de Disciplina o Director del centro carcelario; Arts. 117, 118 y 133) un amplio margen de discrecionalidad para valorar los hechos y determinar si existió o no una falta. Así mismo, en caso de considerar que sí se configuró una falta, tienen también un amplio margen para calificarla (en leve o grave) y derivado de ello, para determinar la sanción aplicable, dentro de un grupo de opciones previstas en el artículo 123 del Código Penitenciario y Carcelario, que varían según su grado de limitación de derechos.

38. Al respecto, se pronunció la Corte, en la Sentencia C-184 de 1998<sup>89</sup>, cuando revisó la constitucionalidad de varias de las faltas (Art. 121), las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta en su calificación (Art. 127) y los recursos a disposición de los investigados y sancionados (Art. 135), entre otros aspectos regulados por el Código Penitenciario y Carcelario:

*“(...) la Corte debe precisar con énfasis que la valoración de las faltas debe hacerse con suma ponderación y ecuanimidad para que no haya lugar a reproches arbitrarios que se pretendan justificar tras la invocación de la ley.*

*(...) Con el establecimiento de estos precisos criterios [haciendo referencia a los listados en el Art. 127] se busca otorgar al funcionario respectivo de los elementos de juicio suficientes que lo libren de una valoración subjetiva de los acontecimientos y prevengan que este tipo de decisiones dependan del arbitrio o capricho de quien ejerce el poder”.*

39. Tal discrecionalidad tiene como límite los mandatos constitucionales. Esto conlleva que autoridades administrativas encargadas de aplicar el procedimiento disciplinario deben dar prevalencia a aquellas valoraciones de los hechos y calificaciones de las conductas que respeten los derechos fundamentales de los reclusos (teniendo en cuenta las suspensiones y restricciones a las que están sometidos algunos de sus derechos) y que garanticen el principio constitucional de proporcionalidad de la pena.

40. Esta misma regla, enunciada de otra manera, consiste en que las mencionadas autoridades administrativas están obligadas a desechar aquellas

---

<sup>89</sup> M.P. Carlos Gaviria.

valoraciones de los hechos y calificaciones de las conductas que resulten vulneratorias de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad o contrarias al principio constitucional de proporcionalidad de la pena. Cabe resaltar que este principio, además de tener aplicación directa por ser de orden constitucional, también fue incluido expresamente por el Legislador, junto con los criterios de necesidad y de valoración del daño causado (Ley 65 de 1993, Art. 123, inc. 2, modificado por el Art. 78 de la Ley 1709 de 2014)<sup>90</sup>, entre aquellos que deberá tener en cuenta el Consejo de Disciplina al momento de sancionar un falta grave.

## 5. Estudio del caso concreto

### 5.1. Estudio de la vulneración del derecho al debido proceso de la accionante

41. La Corte encuentra que el EP “Las Heliconias” vulneró el derecho al debido proceso de la accionante, al considerar que (i) negarse silenciosamente a la práctica de una requisita de tercer nivel, realizada por funcionarios hombres, pero sí acceder a otro tipo de requisita que no implicó quitarse la ropa, constituye una falta grave disciplinaria (Ley 65 de 1993, Art. 121, num. 16, 17, 24 y 29), y (ii) que amerita como sanción la imposición de la pérdida del derecho de redención de pena por 100 días (más de 3 meses), un poco menos del tope máximo previsto para las faltas graves (120 días).

42. El Consejo de Disciplina calificó la negativa de la accionante como una “*grave actitud irrespetuosa contra los funcionarios*” del EP “Las Heliconias”, con la que se incitó a los compañeros para que cometieran “*desórdenes u otras faltas graves o leves*”, con las que buscaban “*menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión*” e incumplir gravemente “*el régimen interno y a las medidas de seguridad*” del centro de reclusión (Ley 65 de 1993, Art. 121, num. 16, 17, 24 y 29) (subrayado fuera del texto original).

43. La Corte considera que en la investigación y calificación de las faltas leves y graves, las autoridades administrativas encargadas de adelantar el procedimiento disciplinario deben dar prevalencia a las apreciaciones de los hechos que respeten las Constitución y los derechos fundamentales, en contraposición a aquellas que los cercenan. En virtud de esto, en caso de considerar que los hechos ocurridos constituyen una falta, deberán preferir tipificarlas como una falta leve, en vez de como una grave, en el evento en que existan dos o más tipos, de diferente naturaleza, que sean aplicables y siempre argumentado la tipificación escogida.

44. Así mismo, en la elección de la sanción, darán plena aplicación al principio de proporcionalidad de la pena y a los demás principios enunciados en el inciso 2 del artículo 123 del Código Penitenciario y Carcelario (necesidad y

---

<sup>90</sup> Ley 65 de 1993, Art. 123, inc. 2 (modificado por el Art. 78 de la Ley 1709 de 2014): “*Para las faltas graves, se aplicarán gradualmente atendiendo a los principios de proporcionalidad, necesidad de la sanción y los daños ocasionados con la comisión de la falta, una de las siguientes sanciones: (...)*”.

valoración de los daños causados). En virtud de esto, y en atención a los hechos del caso, deberán optar por aquellas sanciones que resulten menos restrictivas de los derechos fundamentales de los reclusos y argumentarán las razones que sustentan la graduación de la sanción.

45. Dando aplicación a esta regla, la Sala concluye que valorar como “*una grave actitud irrespetuosa*” que menoscaba “*la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión*”, el respaldo silencioso de la accionante a los cuestionamientos presentados por otras dos reclusas del patio 3 y su negativa respetuosa a que le practicaran la requisa de tercer nivel, resulta ser una calificación vulneratoria de su derecho al debido proceso, por ser una interpretación desproporcionada de su actuar silencioso, en los hechos ocurridos el 17 de mayo de 2016 en el EP.

46. Si bien el Legislador, en el Código Penitenciario y Carcelario, le confirió un amplio margen de valoración al Comité Disciplinario y al Director del centro de reclusión, para el ejercicio de las funciones disciplinarias que les fueron asignadas, éstos están limitados por los mandatos constitucionales. En este sentido, no les son permitidas las valoraciones de los hechos y las calificaciones de las conductas que resulten vulneratorias de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad (teniendo en cuenta las suspensiones y restricciones a las que están sometidos algunos de sus derechos) o contrarias al principio constitucional de proporcionalidad de la pena.

47. En el caso particular de la accionante, es desproporcionado considerar que constituye una falta *grave* al régimen disciplinario penitenciario, la negativa silenciosa de la accionante a dejarse practicar la requisa de tercer nivel, pero sí una con detector de metales y con perro, y su apoyo tácito al cuestionamiento respetuoso y enfático que presentaron dos (2) de sus compañeras de patio a los dragoneantes y al Inspector Jefe.

48. Tal como se observa en el video del operativo aportado como prueba al expediente<sup>91</sup>, su actuar fue silencioso y respetuoso. Eso permitió que el Director del EP les *abriera las puertas* de su oficina esa misma tarde, para sostener una reunión en la que, tal como se relató en el apartado sobre los hechos relevantes de este caso (*supra* 1.5), llegaron a un acuerdo sobre la manera en la que, a partir de esa fecha, les serían practicadas las requisas de tercer nivel, respetando su identidad de género y su dignidad.

49. Con su negativa silenciosa, la accionante no incitó a sus compañeros(as) para que cometieran “*desórdenes u otras faltas graves o leves*” (Art. 17). Tal como se relató en el acápite de hechos relevantes, para el momento de los sucesos, estaban cuatro (4) reclusas transexuales, dos (2) tomaron la vocería y la accionante y otra guardaron silencio y se negaron a la requisa. Así que, de manera alguna, se puede interpretar que la accionante incitó a otras(os) a cometer faltas graves o leves. Así mismo, con su actitud de rechazo silencioso, no buscó “*menoscabar la seguridad y tranquilidad del centro de reclusión*”

---

<sup>91</sup> Cuaderno 2, folio 25 del expediente.

(Art. 24) ni incumplir gravemente “*el régimen interno y las medidas de seguridad*” del centro de reclusión (Art. 29). Demostró una actitud respetuosa del régimen interno y de la seguridad del plantel al (i) acceder a ser requisada con detector de metales y perro y (ii) llegar esa misma tarde a un acuerdo con las autoridades del EP sobre la manera en la que les realizarían en adelante las requisas de tercer nivel.

50. En lo referente a la sanción impuesta a la accionante por haberse negado de manera silenciosa a la requisas de tercer nivel, cabe resaltar que ésta no cumple con los principios de proporcionalidad, necesidad ni de valoración de los daños causados (Art. 123 , inciso 2). A la accionante se le impuso la sanción más restrictiva de las dos disponibles para las faltas graves (suspensión de visitas o pérdida del derecho a la redención de pena; *supra* 31 y 32), y además se le fijó en un monto cercano al límite superior (100 días y el máximo son 120), a pesar que no existen daños estimados y se llegó a un acuerdo sobre la manera en la que se continuarían realizando las requisas de tercer nivel.

51. En general, los operadores disciplinarios, a pesar de que cuentan con un amplio margen para calificar las conductas cometidas por los y las internas, así como para graduar la sanción, lo cierto es que el uso de dicha facultad está enmarcada por el respeto de la Constitución Política y los derechos fundamentales de las y los privados de la libertad. En tal sentido, ante la comisión de una falta disciplinaria, las autoridades administrativas encargadas de adelantar el proceso disciplinario deberán preferir catalogarla como leve antes que grave e imponer la sanción menos severa, siempre argumentado la tipificación de la falta y las razones para graduación de la sanción.

52. En atención a los hechos narrados y a las reglas jurisprudenciales aplicables mencionadas anteriormente (*supra* 43 y 44), la Corte protegerá el derecho al debido proceso de la accionante y el principio de proporcionalidad de las sanciones, que fueron vulnerados por el Consejo de Disciplina del EP “Las Heliconias”. Para ello, la Corte le ordenará al mencionado Consejo de Disciplina, que en el término de 48 horas contado desde la notificación de esta sentencia, deje sin efecto<sup>92</sup>, y de manera retroactiva, la Resolución No 0417 del 06 de marzo de 2017<sup>93</sup>, mediante la cual sancionó disciplinariamente a la accionante con la pérdida del derecho a la redención de la pena durante 100 días<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Al igual que en este caso, en la sentencia T-571 de 2008 (M.P. Humberto Antonio Sierra) la Corte le ordenó al Director de un establecimiento carcelario, que en el término de 48 horas, dejara sin efecto la sanción (20 días de pérdida de redención de pena) impuesta a un recluso, al considerar que su participación en una huelga de hambre resultaba ser una conducta que constituía varias faltas graves (Ley 65 de 1993, Art. 121, num. 14, 17, 24 y 29; las últimas tres coinciden con las faltas graves por las cuales fue sancionada la accionante en el caso objeto de revisión). Al respecto, la Corte consideró que: “(...) *el evento de la participación de la huelga de hambre en el EPAMS de la Dorada Caldas, por parte del señor García Chaverra, no puede obrar como fundamento de una sanción disciplinaria, como la impuesta al accionante. Ello vulnera la posibilidad de disentir y protestar, en ejercicio del derecho de resistencia derivado del principio pluralista (art. 1° C.N) de nuestro ordenamiento jurídico que, como se demostró, encuentra una permisión constitucional bajo ciertas circunstancias*”.

<sup>93</sup> Cuaderno 2, folio 61 del expediente. Orden primera.

<sup>94</sup> En el folio 62 del Cuaderno 2 del expediente reposa copia de la constancia de ejecutoria de la sanción impuesta a José David Benítez. En esta se evidencia que la sanción que le fue impuesta fue la “*pérdida del derecho a la redención de pena por cien (100) días*”.

### **5.1.1. Análisis del derecho de defensa en los procesos disciplinarios penitenciarios. Su alcance no es el mismo que en los procesos penales. El establecimiento penitenciario está obligado a facilitar la activación de la ruta institucional para proveerle acceso a los reclusos a la asistencia legal solicitada**

53. La accionante señaló en la tutela que el EP “Las Heliconias” no le facilitó un abogado que pudiera defenderla en el proceso disciplinario adelantado en su contra. Así mismo, de la revisión del expediente, la Corte constató que el EP no le explicó a la accionante la ruta institucional que podía seguir para acceder a los defensores de oficio, coordinados por la Defensoría del Pueblo y regulados por el Decreto 1542 de 1997<sup>95</sup> y por el artículo 154 del Código Penitenciario y Carcelario (modificado por el artículo 89 de la Ley 1709 de 2014)<sup>96</sup>.

54. El EP se limitó a (i) “*hacerle saber*” a la accionante, en la diligencia de versión libre y espontánea que rindió, que tiene derecho a “*ser asistido(a) por un Abogado*”<sup>97</sup> y (ii) a conferirle un plazo de diez (10) días para que consiguiera uno<sup>98</sup>. Tal como se relató en el acápite de hechos relevantes (*supra* 1.9), con posterioridad al vencimiento de ese plazo, y sin la asistencia legal solicitada, se continuó con el trámite del proceso disciplinario.

55. La Sala reitera que los derechos a la defensa y al acceso a la justicia de las personas privadas de la libertad gozan de plena garantía. Estos no tienen ningún tipo de restricción derivada de su situación de reclusión. Por el contrario, la circunstancia de privación de la libertad lo que trae consigo es un reforzamiento de la obligación del Estado de garantizar el acceso a la justicia y a la defensa técnica, atendiendo a las especificidades y diferencias, entre los procesos disciplinarios y penales, a las que se hizo mención anteriormente (*supra* 19). Tales diferencias conllevan, entre otras consecuencias, que sea imposible adelantar un proceso penal sin que el acusado tenga un apoderado. En cambio, tal restricción no es aplicable para los procesos disciplinarios.

---

<sup>95</sup> El artículo 3 del Decreto 1542 de 1997, “*por el cual se dictan medidas en desarrollo de la Ley 65 de 1993 para descongestionar las cárceles*”, estableció un programa de asistencia jurídica para los internos, liderado por la Defensoría del Pueblo y coordinado por el INPEC. Se determinó que en cada establecimiento carcelario, debía estar a disposición de las personas privadas de la libertad, al menos un defensor público por cada 50 reclusos que carezcan de defensor.

<sup>96</sup> Código Penitenciario y Carcelario, Art. 154 (modificado por el Art. 89 de la Ley 1709 de 2014): “*Asistencia jurídica. La Defensoría del Pueblo, de acuerdo con la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), fijará y controlará los defensores en cada establecimiento para la atención jurídica de los internos insolventes. El Director del establecimiento respectivo informará periódicamente sobre el comportamiento de estos profesionales al Defensor del Pueblo, quien deberá tomar las medidas del caso cuando dichos defensores incumplan sus deberes. // Los directores de los establecimientos promoverán convenios con aquellas instituciones de educación superior que, en el marco de su autonomía, hayan determinado que sus estudiantes del programa académico de Derecho pueden cumplir con las prácticas correspondientes al consultorio jurídico, brindando asistencia jurídica a las personas privadas de la libertad que sean de escasos recursos. // Así mismo, los directores de los establecimientos de reclusión podrán vincular de forma ad honórem a los estudiantes que hayan culminado su plan de estudios del Programa Académico de Derecho, y que deseen cumplir con el requisito de grado de la judicatura brindando asistencia jurídica o las personas señaladas en el inciso anterior. En este caso, la duración de la misma será de seis meses y la certificación de su cumplimiento será expedida por los respectivos directores de los establecimientos de reclusión*”. (subrayado fuera del texto original).

<sup>97</sup> Cuaderno 2, folio 48 del expediente.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

56. Por tal razón, se concluye que el EP “Las Heliconias” no vulneró el derecho al debido proceso de la accionante, por no haberle provisto un abogado para que la asistiera durante el proceso disciplinario carcelario. No obstante, este EP sí incumplió su obligación de garantizar el acceso a la justicia y a la defensa de la accionante, al no haberle dado información precisa y oportuna sobre la manera en la que podía acceder a un abogado defensor, dada su carencia de recursos.

57. En atención a esto, la Corte le ordenará al Director del EP “Las Heliconias” que en adelante, cuando una persona privada de la libertad manifieste su deseo de acceder a un abogado, deberá dentro de las 24 horas siguientes, enviar un oficio a la Defensoría del Pueblo regional que corresponda, para que en el marco del Decreto 1542 de 1997 y el artículo 154 del Código Penitenciario y Carcelario, se brinde asesoría jurídica al solicitante en un plazo razonable.

**5.2. Aclaraciones sobre la garantía del debido proceso en la práctica de requisas de tercer nivel en los establecimientos carcelarios. Por razones de seguridad, ningún recluso está exento de las mismas. Puede variar el modo en el que son realizadas, en aras de garantizar los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad**

58. En el operativo ejecutado el 17 de mayo de 2016 en el patio 13 del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias”, que fue descrito en el acápite de hechos de esta sentencia, le fueron vulnerados a la accionante sus derechos fundamentales a la identidad de género, a la dignidad y al debido proceso. Ella fue tratada como hombre (género que está registrado en su documento de identificación), a pesar que se autoidentifica como mujer, y así lo había manifestado con anterioridad en el centro de reclusión.

59. El trato se vio reflejado en dos (2) asuntos principalmente: (i) referirse verbalmente a ella como si fuera un hombre (v.gr. durante el operativo fueron empleadas expresiones como “señores” y “ellos”, entre otras), e (ii) intentar practicarle una requisas de tercer nivel (que implica quedar en ropa interior) por parte de funcionarios del género opuesto al suyo (masculino), a pesar que el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional (ERON) a cargo del INPEC (Resolución 6349 de 2016, artículo 121, parágrafo 1) establece con claridad lo siguiente:

*“(…) para la práctica de las requisas se designará a una persona del mismo género con el que se identifique la persona materia de registro. En caso de las personas trans se tendrá en cuenta el género que estas manifiesten, con independencia de lo que establezca su documento de identidad. En todos los casos, se le preguntará si prefiere ser requisado(a) por un funcionario hombre o mujer del Cuerpo de Custodia y Vigilancia”.* (subrayado fuera del texto original).

60. En reiterada jurisprudencia, la Corte se ha referido al alcance del derecho a la identidad de género de las personas privadas de la libertad y lo ha protegido. Así, por ejemplo, en la sentencia T-062 de 2011<sup>99</sup>, esta Corporación estableció lo siguiente:

*“6. La protección de la identidad sexual, entendida como la comprensión que tiene el individuo sobre su propio género, como de la opción sexual, esto es, la decisión acerca de la inclinación erótica hacia determinado género, es un asunto tratado a profundidad por la jurisprudencia constitucional. Este precedente sostiene, de manera uniforme, que la mencionada protección encuentra sustento constitucional en distintas fuentes.*

*6.1. En primer término, la protección de la identidad y la opción sexual es corolario del principio de dignidad humana. (...)*

*6.2. Con base en las conclusiones expuestas, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la opción sexual hace parte del ámbito protegido de los derechos a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (...)*

*6.3. Finalmente, la jurisprudencia ha identificado cómo la opción sexual es uno de los criterios sospechosos, de discriminación contraria al derecho a la igualdad. (...)*

*7. Las reglas expuestas son plenamente aplicables para el caso de las personas internas en establecimientos carcelarios. Como se indicó en precedencia, los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad no son objeto de suspensión o restricción por el hecho de la privación de libertad. En ese orden de ideas y habida consideración de la especial relación de sujeción en que se encuentran las personas internas frente al Estado, este tiene la obligación de garantizarles a las minorías diversidad identidad u opción sexual que (i) puedan ejercer a cabalidad los citados derechos fundamentales, en cuanto a las manifestaciones propias de su identidad sexual; y (ii) no sean objeto de sanciones o vejaciones en razón de ello”.*

61. La identidad de género no implica de manera alguna una exclusión frente a la aplicación de las normas de seguridad de los centros de reclusión. Ningún recluso está exento de éstas. Las requisas en los centros de reclusión resultan ser una, de las varias medidas a cargo del Estado, que se deben ejecutar en aras de garantizar la seguridad al interior de los planteles. Con ello, se busca en últimas mantener las condiciones necesarias para proteger los derechos de los internos, frente a quienes el Estado tiene una posición de garante.

---

<sup>99</sup> M.P. Luis Ernesto Vargas.

62. No obstante, la identidad de género sí genera una variación en la forma como se llevan a cabo tales procedimientos de seguridad (entre los cuales se incluyen los diferentes tipos de requisas), de manera que no vulneren los derechos a la dignidad e intimidad de los individuos. Entre más invasivos sean tales procedimientos, los sujetos a las mismas deben estar lo menos expuestos posible a la mirada de terceros y deben ser realizadas por personal del mismo género.

63. Al respecto, cabe resaltar que el género de un individuo no necesariamente coincide con el que aparece en su documento de identificación. Este puede variar a lo largo de la vida y prevalece el que esté manifestando cada persona con su actuar, independientemente de la fase de transformación en la que se encuentre su cuerpo. Lo relevante es el autoreconocimiento que haga cada uno de su género. Tal es el caso de la accionante, quien no ha cambiado su nombre ni su género en su cédula de ciudadanía, pero se siente y se comportan como una mujer, y así se lo manifestó a los dragoneantes y al Inspector Jefe durante el operativo de la referencia.

64. Esta situación explica por qué la accionante se negó silenciosamente a que dragoneantes hombres le practicaran la requisita de tercer nivel, aún cuando ésta fuera realizada en una celda, con mayor privacidad y menos exposición ante terceros. Tal como consta en el video que obra como prueba en el expediente, la accionante adoptó una actitud pasiva, mediante la cual apoyó los cuestionamientos presentados de manera respetuosa por las otras reclusas, acerca de la improcedencia de la requisita de tercer nivel en las condiciones descritas.

65. En el citado video también consta que los dragoneantes y el Inspector Jefe actuaron de manera respetuosa durante el operativo de la referencia. Las mujeres transexuales internas en el patio 3, conscientes de la importancia del respeto de las normas de seguridad en los centros de reclusión, propusieron que en reemplazo de la requisita de tercer nivel les practicaran una con detector de metales y con un perro. Justificaron su propuesta en que esta manera de requisar resultaba menos lesiva para su dignidad, dada su identidad de género y la de los dragoneantes hombres encargados del procedimiento. Los guardias accedieron a la propuesta y les realizaron la requisita del modo propuesto. El día de los hechos, en horas de la tarde, las mujeres transexuales del patio 3 sostuvieron una reunión con las directivas del EP y con el Inspector Jefe y acordaron que, a partir de tal fecha, las requisas de tercer nivel serían practicadas de otra manera, en aras de proteger sus derechos a la identidad de género y a la dignidad (*supra* 1.5).

66. Respecto de la protección de los derechos de la accionante a la identidad de género, a la dignidad y al debido proceso, es relevante recordar las órdenes que fueron dadas el 6 de septiembre de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Florencia, dentro del trámite de otra acción de tutela contra este EP por los mencionados hechos ocurridos el 17 de mayo de 2016, y que fue presentada por dos (2) de las mujeres transexuales del patio 3 (no por la accionante). El juez concedió la protección

frente a estos derechos y negó el amparo “*encaminado a desaprobar la sanción que los accionantes afirman se les impuso dentro del proceso disciplinario que se adelanta en su contra*”<sup>100</sup>. Para su efectiva protección, profirió las siguientes órdenes:

*“TERCERO.- ORDENAR al Director del EPC Heliconias que en el término de un (1) mes, contado a partir de la notificación de esta sentencia, en coordinación con la Dirección General del INPEC, adelante una campaña de sensibilización y capacitación a los funcionarios, personal de guardia e internos de ese Establecimiento, sobre la protección de los derechos constitucionales de la comunidad carcelaria de identidad u opción sexual diversa.*

*Conforme a lo anterior, requerir al Defensor del Pueblo Regional Caquetá y al Personero Municipal de Florencia, con el fin que acompañen, la campaña de sensibilización y capacitación señalada, contando con la potestad de asesorar al Director del EPC Heliconias para el desarrollo de la misma.*

*CUARTO.- PREVENIR al Director del EPC Heliconias para que en adelante este Centro se abstenga de llevar a cabo acciones u omisiones contrarias a las garantías de los derechos fundamentales de las personas de identidad u opción sexual diversa”*<sup>101</sup>.

67. En atención a los hechos del caso, la Corte concederá el amparo de los derechos a la identidad de género, a la dignidad y al debido proceso de la accionante, que fueron vulnerados por el EP “Las Heliconias”. Para ello, ordenará al Director de este centro de reclusión que de continuidad a la campaña de sensibilización y capacitación “*sobre la protección de los derechos constitucionales de la comunidad carcelaria de identidad u opción sexual diversa*”, que fue ordenada el 6 de septiembre de 2016 por el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Florencia, y a la que se hizo referencia anteriormente. En el marco de esta campaña, deberá promover que los funcionarios e internos empleen en su trato con la población LGBTI, el género que manifiesta cada individuo, independientemente del que se registró en sus respectivos documentos de identificación.

68. De igual manera, advertirá al Director de este EP que en lo referente a las requisas a la personas transexuales privadas de la libertad debe dar cabal cumplimiento a lo establecido en el inciso segundo del parágrafo 1 del artículo 121 de la Resolución 6349 de 2016 “*Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC*”. En el caso específico de las requisas de tercer nivel a las personas transexuales privadas de la libertad, además de lo previsto en el citado inciso de la Resolución 6349 de 2016, éstas se deberán realizar en una celda aparte y

---

<sup>100</sup> Cuaderno 2, folio 43 del expediente. Orden primera.

<sup>101</sup> *Ibidem*. Ordenes tercera y cuarta.

sin exponerlas a las miradas del resto de los reclusos o de otros dragoneantes.

## **6. Síntesis de la decisión**

69. La Corte Constitucional verificó que la acción de tutela objeto de revisión es procedente por cumplir con los requisitos de inmediatez, subsidiariedad y legitimación en la causa (por activa y pasiva). Así mismo, constató la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante a la identidad de género, la dignidad y al debido proceso, por parte del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias”.

70. Esta Corporación estableció que en los procesos disciplinarios penitenciarios, las autoridades administrativas encargadas de adelantar la investigación y calificación de las faltas leves y graves, deben dar prevalencia a las apreciaciones de los hechos que respeten los derechos fundamentales, en contraposición a aquellas que los cercenan. En virtud de esto, en caso de considerar que los hechos ocurridos constituyen una falta, deberán argumentar la clasificación escogida y preferir tipificarlas como una falta leve, en vez de como una grave, en el evento en que existan dos o más tipos, de diferente naturaleza, que sean aplicables, teniendo en cuenta que las sanciones previstas para las faltas graves (Art. 123, inc 2 del Código Penitenciario y Carcelario) restringen en mayor medida los derechos de las personas privadas de la libertad, que las sanciones asignadas para las faltas leves.

71. Así mismo, en la elección de la sanción, deberán dar plena aplicación al principio de proporcionalidad de la pena y a los demás principios enunciados en el inciso 2 del artículo 123 del Código Penitenciario y Carcelario (necesidad y valoración de los daños causados). En virtud de esto, y en atención a los hechos del caso, deberán optar por aquellas sanciones que resulten menos restrictivas de los derechos fundamentales de los reclusos y deberán argumentar las razones que sustentan la graduación de la sanción.

72. También señaló que la identidad de género no implica de manera alguna una exclusión frente a la aplicación de las normas de seguridad de los centros de reclusión. Ningún recluso está exento de éstas. No obstante, la identidad de género sí genera una variación en la forma como se llevan a cabo tales procedimientos de seguridad (entre los cuales se incluyen los diferentes tipos de requisas), de manera que no vulneren los derechos a la dignidad e intimidad de los individuos. Entre más invasivos sean tales procedimientos, los sujetos a las mismas deben estar lo menos expuestos posible a la mirada de terceros y deben ser realizadas por personal del mismo género, tal como lo establece el inciso segundo del parágrafo 1 del artículo 121 de la Resolución 6349 de 2016 “*Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC*”.

73. Finalmente, la Corte estableció que los establecimientos penitenciarios tienen la obligación de brindarle información precisa y oportuna a las personas privadas de la libertad, sobre la manera en la que pueden acceder a asesoría

legal, en el marco del Decreto 1542 de 1997 y el artículo 154 del Código Penitenciario y Carcelario.

### III. DECISIÓN

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

#### RESUELVE:

**Primero.-** REVOCAR la sentencia No JTA-237 del 26 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Florencia en el caso de la referencia y CONCEDER la protección de los derechos fundamentales de José David Benítez a la identidad de género, la dignidad y el debido proceso.

**Segundo.-** ORDENAR al Consejo de Disciplina del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias” que en el término de 48 horas, contado desde la notificación de esta sentencia, deje sin efecto, y de manera retroactiva, la Resolución No 0417 del 06 de marzo de 2017.

**Tercero.-** ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias” que, dando continuidad a la campaña de sensibilización y capacitación “*sobre la protección de los derechos constitucionales de la comunidad carcelaria de identidad u opción sexual diversa*” que fue ordenada por el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Florencia en la Sentencia No 459 del 6 de septiembre de 2016, que promueva que los funcionarios e internos empleen en su trato con la población LGBTI, el género que manifiesta cada individuo, independientemente del que se registró en sus respectivos documentos de identificación.

**Cuarto.-** ADVERTIR al Director del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias” que en lo referente a las requisas a la personas transexuales privadas de la libertad debe dar cabal cumplimiento a lo establecido en el inciso segundo del párrafo 1 del artículo 121 de la Resolución 6349 de 2016 “*Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC*”.

En el caso específico de las requisas de tercer nivel a las personas transexuales privadas de la libertad, además de lo previsto en el citado inciso de la Resolución 6349 de 2016, éstas se deberán realizar en una celda aparte y sin exponerlas a las miradas del resto de los reclusos o de otros dragoneantes.

**Quinto.-** ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario “Las Heliconias” que en adelante, cuando una persona privada de la libertad manifieste su deseo de acceder a un abogado, deberá dentro de las 24 horas siguientes, enviar un oficio a la Defensoría del Pueblo regional que

corresponda, para que en el marco del Decreto 1542 de 1997 y el artículo 154 del Código Penitenciario y Carcelario, se brinde asesoría jurídica al solicitante en un plazo razonable.

**Sexto.-** Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA  
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO  
Magistrado  
*Con salvamento de voto*

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ  
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ  
Secretaria General

## **SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO CARLOS BERNAL PULIDO**

Sentencia T-720 de 12 de diciembre de 2017

Referencia: Expediente T-6.316.864

Magistrada Ponente:  
DIANA FAJARDO RIVERA

En atención a la decisión adoptada por la Sala Novena de Revisión, en el expediente de la referencia, me permito presentar Salvamento de Voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La protección de los derechos constitucionales fundamentales no es un asunto reservado a la acción de tutela. En efecto, el ordenamiento jurídico ha previsto distintos mecanismos judiciales para asegurar la vigencia de los derechos constitucionales, incluidos los de carácter fundamental. De ahí que la Constitución defina la tutela como una acción subsidiaria frente a los demás medios de defensa judicial, los cuales son los instrumentos preferentes a los que deben acudir las personas para lograr el amparo de sus derechos.

En este caso, la acción de tutela es, *prima facie*, improcedente, si se tiene en cuenta que la accionante no agotó los medios ordinarios de defensa judiciales previstos por el legislador para cuestionar la decisión contenida en el acto administrativo de carácter particular (Resolución 0417 del 6 de marzo de 2017), como tampoco se acreditó dentro del trámite una situación de vulnerabilidad o la existencia de un perjuicio irremediable. Si bien es cierto la accionante pertenece a un grupo de especial protección constitucional, en razón de la relación de sujeción que tiene con el Estado por su privación de la libertad, esta condición no es suficiente para descartar la idoneidad y eficacia de los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

El medio principal e idóneo para cuestionar la constitucionalidad y legalidad de los actos administrativos particulares es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 del CPACA. Adicionalmente, esta acción también constituye un mecanismo eficaz, toda vez que, en el marco del proceso contencioso administrativo, es posible solicitar una de las múltiples medidas cautelares dispuestas en el artículo 230 de la misma normativa, en caso de que se pretenda la garantía provisional de los derechos comprometidos con la actuación administrativa que se cuestiona. Entre estas, es posible exigir la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera vulnera los derechos fundamentales invocados por la accionante. No obstante, en la sentencia de la referencia no se realizó ningún estudio en torno de esta acción contencioso administrativa, como un posible medio principal, idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales de la accionante.

En razón de lo anterior, dado que no se evidencia una condición de vulnerabilidad ni la existencia de un perjuicio irremediable, no era posible flexibilizar en este caso el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela.

*Fecha ut supra,*

**CARLOS BERNAL PULIDO**

Magistrado