

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., cinco (5) de febrero de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

REF: Exp.núm.110010324000200900527
Asunto: acción pública de nulidad
Actor: HECTOR FABIO MONTOYA

Se procede a decidir en única instancia la demanda promovida por el ciudadano Héctor Fabio Montoya en ejercicio de la acción pública de nulidad contra la expresión "**material pornográfico**" contenida en el artículo 34 de la Resolución 122 de 8 de febrero de 2008, reglamento del régimen interno del establecimiento penitenciario de alta y mediana seguridad de La Dorada Caldas, aprobado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-.

I. LA DEMANDA

1.- Pretensiones

Primera. Anular el acto administrativo acusado (artículo 34 de la resolución 12 de febrero 8 de 2005.), en lo atinente a la prohibición, por parte de los internos, de material pornográfico, por infringir normas de carácter Constitucional y legal.

Segunda. Incluir dentro de los artículos 33 y 133 de la resolución 122 del 8 de febrero de 2005, (reglamento del régimen interno del EPAMS de la Dorada), la permisividad del ingreso y tenencia por parte de los internos de alta y mediana seguridad de material pornográfico.

Tercera. Tomar copias de la sentencia administrativa para investigar presuntas conductas punibles (arts. 443-445 del C.P.) y/o disciplinarias (arts. 4º. Y 48 del CUD) en las que se hubiera podido haber incurrido.

2. Hechos en que se funda la demanda.

La dirección del establecimiento carcelario de la Dorada (Caldas) expidió la resolución 122 del 8 de febrero de 2005, mediante la cual se prohíbe el ingreso y tenencia de material pornográfico al interior del establecimiento

penitenciario. La resolución fue aprobada por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, en desconocimiento a la sentencia C-184 de 1998, que declaró inexecutable el artículo 110 de la ley 65 de 1993 que prohibía la posesión y circulación de material pornográfico al interior de los centros de reclusión.

3.- Normas violadas y concepto de la violación.-

Estima el accionante que la expresión acusada desconoce los artículos 16, 20, 121 y 243 de la Carta Política el art. 21 del Decreto 2067 de 1991; los artículos 45 y 48 de la ley 270 de 1996; el art. 36 del Decreto 04 de 1984; los arts. 52 y 110 de la ley 65 de 1993; los arts. 1º, 3º y 20 del Acuerdo 011 de 2006. Además, las sentencias T-023 de 2004; 596 de 1992; C-394 de 1995; C-037 de 1996; C-184 de de 1998; C-740 de 1999 proferidas por la Corte Constitucional.

El concepto de violación se fundamenta en que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-184 de 6 de mayo de 1998, con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz,

declaró inexecutable el art. 110 de la ley 65 de 1993, que prohibía la posesión y circulación de material pornográfico al interior de los centros penitenciarios y carcelarios, argumentando que no existe justificación constitucional que permita la limitación de los derechos de los internos más allá de las exigencias relacionadas con la finalidad perseguida por la pena impuesta. El establecimiento de un régimen disciplinario que busque el orden en los recintos carcelarios, no implica que el recluso no pueda tener o poseer material pornográfico o de cualquier otro tipo porque cada persona es libre de escoger sus lecturas y pasatiempos mientras no afecte los derechos de los demás.

Igualmente, hay que distinguir entre la tenencia del material pornográfico por parte de las personas privadas de la libertad y la prohibición que existe a los guardianes de los centros carcelarios para que sirvan de agentes comercializadores de cualquier tipo de sustancias ilícitas o ilegales, por lo que el ingreso y circulación del material pornográfico, debe cumplir con los

requisitos exigidos para cualquier otro tipo de elementos o materiales permitidos.

Así las cosas, la prohibición y circulación de material pornográfico al interior de los establecimientos carcelarios es un asunto derogado por la Corte Constitucional.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

Mediante proveído de 8 de abril de 2010, se decretó por esta Sala la suspensión provisional de los efectos del aparte **"material pornográfico"** contenido en el artículo 34 de la resolución 122 de 2005, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y carcelario, -INPEC-.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Instituto Penitenciario y Carcelario INPEC, por medio de apoderada judicial, manifiesta que efectivamente por un error involuntario se omitió extraer la prohibición de material pornográfico por parte de los internos, pero

además, desde hace varios años se dejó de aplicar la mencionada prohibición al interior de la cárcel de la Dorada tal como se establece con la copia del memorando 637-EPAMSLDO-APLAN-DIRE-7009 de noviembre de 2008 y que fue respondida y confirmada por la oficina jurídica mediante memorando 7130-OJU 5063 de noviembre de 2008; así mismo, mediante memorando 637-EPAMSLDO-DIRE-3128 de 20 de mayo de 2010, el director del establecimiento penitenciario de La Dorada (Caldas) confirma a la oficina jurídica la inaplicabilidad que se ha venido dando a la mencionada prohibición dentro del penal.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y POSICIÓN DEL MINISTERIO

PÚBLICO

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, por medio de apoderada, se ratificó en los argumentos esbozados en la contestación de la demanda, para reiterar que fue por un error involuntario que se omitió eliminar dentro de la mencionada resolución la prohibición de utilización de material pornográfico por parte de los internos, pero igualmente desde hace muchos años se dejó

de aplicar la mencionada prohibición en el Establecimiento Carcelario de la Dorada (Caldas), pues acorde con el concepto técnico de la Oficina Jurídica, se confirmó al director del Establecimiento Penitenciario que se debía levantar dicha prohibición con base en las razones legales y los antecedentes jurisprudenciales, así como mediante memorando el Director también manifiesta que dicha prohibición dejó de aplicarse en el establecimiento, lo que en su criterio hace inepta la demanda porque además, el parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional.

El Ministerio Público consideró, previo análisis del precedente constitucional relacionado con la declaratoria de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993, que la entidad demandada desconoció la garantía procesal de la "cosa juzgada constitucional", razón por la cual la expresión acusada debe desaparecer del ordenamiento jurídico.

IV. - CONSIDERACIONES

IV.1.- El acto acusado.

Lo es el la expresión contenida en el artículo 34 de la Resolución 122 de 8 de febrero de 2006 *"Por medio de la cual se expide el reglamento de régimen interno del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada Caldas"*, según el cual:

"ARTICULO 34.- ELEMENTOS PROHIBIDOS. Además de los descritos en este reglamento también se prohíbe el ingreso y tenencia por parte de los internos de Alta Seguridad de los siguientes elementos:
Radios, transistores y pilas de cualquier tipo, correas, cuerdas o elementos similares, billeteras, **material pornográfico**, (...). Estos serán decomisados por el cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria y puestos a disposición de la autoridad judicial competente, si es del caso; sin perjuicio de las acciones disciplinarias que correspondan".

IV.2 El problema jurídico a resolver

Se cuestiona en el presente caso si la prohibición en los centros carcelarios de posesión y circulación de material pornográfico excede la facultad prevista en el artículo 53 de la Ley 65 de 1993 y la sentencia de la Corte Constitucional C-184 de 1998 que declaró inexecutable el

parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993, que establecía dicha prohibición.

En providencia de 8 de abril de 2010, la Sección Primera del Consejo de Estado dispuso la suspensión provisional del aparte atacado por considerar que:

"(...)el supuesto normativo en ella contenido, excede notablemente la norma superior contenida en el artículo 53 de la Ley 65 de 1993 y la declaratoria de inconstitucionalidad contenida en la precitada sentencia, pues la Corte Constitucional fue diáfana en establecer que las limitaciones a los derechos de los reclusos debe(n) tener como finalidad el cumplimiento de la pena impuesta, velar por la resocialización de los reclusos, el mantenimiento del orden, el cumplimiento de la disciplina que permita la convivencia al interior de los penales y la prevención de situaciones que pongan en peligro la eficacia de la función del sistema carcelario.

Para el efecto, estimó que la prohibición de material pornográfico en los centros carcelarios, al no cumplir con dichas finalidades debía ser declarada inconstitucional.

Al respecto, es preciso recordar que el artículo 243 de la Constitución Política dispone respecto de las sentencias de constitucionalidad lo siguiente:

"ARTÍCULO 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las

disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución. (negrilla y subrayado fuera del texto)

En consecuencia, para la Sala, el acto acusado constituye un claro exceso en la facultad prevista en el artículo 53 de la Ley 65 de 1993, que permite a los distintos centros penitenciarios establecer sus propios regímenes penitenciarios, siempre y cuando no sobrepasen la facultad establecida en la Ley.

De igual forma, estima la Sala que el aparte del acto acusado constituye una violación manifiesta del artículo 243 de la Constitución Política, toda vez que una autoridad pública, en este caso, el INPEC, está reproduciendo el contenido material de un acto jurídico declarado inexecutable."

Dentro de este contexto cabe precisar en primer lugar que la excepción alegada de inepta demanda propuesta por el INPEC no está llamada a prosperar porque se fundamenta en que la prohibición consignada en el artículo 34 de la Resolución 122 de 2005 objeto de la demanda, lo fue por un error involuntario y el Establecimiento Carcelario de La Dorada Caldas, la viene inaplicando.

Al respecto, la Sala reitera que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo solo procede por vía jurisdiccional, por las expresas causales previstas en la ley, cuya competencia se encuentra asignada a la

jurisdicción contencioso administrativa, y su objeto es restablecer el ordenamiento jurídico en abstracto.

En sentencia C-184 de 1998, la Corte Constitucional señaló:

7.1. Norma acusada:

Artículo 110.-*Información Externa. Los reclusos gozan de libertad de información, salvo grave amenaza de alteración del orden, caso en el cual la restricción deberá ser motivada.*

En todos los establecimientos de reclusión, se establecerá para los reclusos, un sistema diario de informaciones o noticias que incluya los aspectos más importantes de la vida nacional e internacional, ya sean boletines emitidos por la dirección o por cualquier otro medio que llegue a todos los reclusos y que no se preste para alterar la disciplina.

Parágrafo. Queda prohibida la posesión y circulación de material pornográfico en los centros de reclusión.

Se subraya lo demandado.

(...)

b. Un problema diferente plantea la regulación contenida en el párrafo demandado del mismo artículo. No existe justificación constitucional que permita la limitación de los derechos de los internos más allá de las exigencias relacionadas con la finalidad perseguida por la pena impuesta, y que velan por la resocialización de los reclusos, el mantenimiento del orden, el cumplimiento de la disciplina que permita la convivencia al interior de los penales, y la prevención de situaciones que pongan en peligro la eficacia de la función del sistema carcelario.

Por eso resulta extraño que la ley pretenda limitar actividades que dependen de la libre opción de cada individuo, es decir, del ejercicio de sus gustos y aficiones, y de las cuales no se deriva perjuicio o atentado contra los derechos ajenos. Como ya ha tenido oportunidad de sostenerlo la Corte: el establecimiento de un régimen disciplinario que busque el orden en los recintos carcelarios, "no implica que el recluso no pueda poseer material pornográfico -o de

cualquier otro tipo-, porque cada persona es libre de escoger sus lecturas y pasatiempos *mientras no afecte los derechos de los demás.*-(Enfasis no original).

Ahora bien: junto al reconocimiento que hace esta Corporación de la libertad que los internos tienen para poseer material pornográfico, hay que advertir que el ingreso o circulación de este tipo de documentos debe cumplir con los requisitos legal y reglamentariamente exigidos para el ingreso y circulación de cualquier otro tipo de material cuya tenencia sea permitida. Con esta aclaración se busca prevenir el surgimiento de mecanismos clandestinos de comercialización de este tipo de material y reiterar la prohibición legal aplicada a los guardianes de las instituciones carcelarias en el sentido de actuar como *divulgadores* de pornografía y en general, como comercializadores de cualquier tipo de sustancia lícita o ilegal. Las razones que asisten a la Corte para hacer este pronunciamiento son elementales: de un lado, es contrario a la naturaleza de estos funcionarios públicos servir de intermediarios entre el mundo exterior y el centro de reclusión para la provisión de bienes de cualquier naturaleza, y por otra parte, todas las instituciones carcelarias deben establecer con claridad la forma de ingresar bienes y prestar servicios permitidos por la ley y los reglamentos. El parágrafo del artículo 110 de la Ley 65 de 1993 será declarado inexecutable por las razones expresadas y con las aclaraciones hechas, pues viola reglas constitucionales que garantizan la libertad de información, de expresión y el libre desarrollo de la personalidad.

Dentro de este contexto procede analizar el alcance de la cosa juzgada constitucional frente a una disposición declarada inexecutable, la Corte Constitucional¹ ha precisado su alcance en los siguientes términos:

¹Sentencia C-287/14 M.P.

"Configuración de cosa Juzgada Constitucional. Reiteración de jurisprudencia

4. El artículo 241 Superior encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, y el artículo 243 Superior determina que "[L]os fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional". De otra parte, el artículo 244 Superior le otorga a los pronunciamientos de este Tribunal un carácter inmutable, vinculante y definitivo, de manera que el juez constitucional no puede volver a conocer y decidir sobre lo resuelto. De esta manera, los pronunciamientos de la Corte Constitucional tienen carácter definitivo e inmutable, esto es, los cobija la figura jurídica de la cosa juzgada constitucional en desarrollo del principio de seguridad jurídica.²

5. La cosa juzgada constitucional tiene como efecto, de un lado, la prohibición de que las autoridades puedan reproducir o aplicar el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo; y de otro lado, implica una restricción frente a la propia actividad de la Corte, ya que si este Tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de una disposición jurídica, pierde *prima facie* la competencia para pronunciarse nuevamente sobre el mismo tópico, en armonía con lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2067 de 1991.

Por tanto, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que en relación con las sentencias de constitucionalidad rige el principio general de la cosa juzgada constitucional absoluta, el cual impide que el juez se pronuncie de nuevo sobre lo que ya ha sido juzgado por esta Corporación en providencias anteriores de constitucionalidad.

² Corte Constitucional, sentencia C-1022 de 2012.

Este principio cobra mayor relevancia cuando se trata de decisiones de inexecutableidad, por cuanto en estos casos las normas analizadas y encontradas contrarias a la Carta Política son expulsadas del ordenamiento jurídico.

De esta manera, la figura jurídica de la cosa juzgada constitucional se orienta a garantizar la estabilidad de las sentencias judiciales, la *certeza*³ respecto de sus efectos, y la seguridad jurídica⁴.

Dentro de este marco jurisprudencial y retomando los argumentos esbozados en el auto que decretó la suspensión provisional y de conformidad con el precedente de la Corte Constitucional, y sin que en desarrollo del proceso se hayan desvirtuado los fundamentos que dieron lugar a la misma, por haberse encontrado que la expresión acusada contraría el artículo 53 de la Ley 65 de 1993 y el principio de la cosa juzgada constitucional contenido en el artículo 243 de la Constitución Política, se declarará la nulidad de la expresión **"material pornográfico"** contenida en el artículo 34 de la Resolución 122 de 8 de febrero de 2005, Reglamento Interno del Establecimiento Penitenciario de Alta y media Seguridad de la Dorada

³Sentencia C-153 de 2002.

⁴ Ver Sentencias C-337 de 2007, C-774 de 2001, C- 548 de 2002, C-478 de 1998, entre otras.

Caldas, aprobado por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC", mediante Resolución 1605 de 4 de abril de 2005.

Respecto de las solicitudes relacionadas con la inclusión en la resolución parcialmente acusada de la permisión de material pornográfico y de compulsar copias para que se investigue si hay lugar a imponer sanciones, la Sala estima que no son procedentes por cuanto las personas privadas de su libertad se encuentran sujetas al reglamento interno del Establecimiento Penitenciario avalado por el INPEC y, al desaparecer del ordenamiento jurídico la prohibición, no es necesario hacer expresa su permisión.

Tampoco hay lugar a compulsar copias a quienes reprodujeron una disposición declarada inexecutable porque de manera reiterada y así lo acreditó en el proceso la apoderada del INPEC, el Director del Establecimiento Carcelario acorde con el concepto emitido por la Dirección General, dejó de aplicar la disposición.

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

FALLA

PRIMERO.- DECLARAR no probada la excepción de inepta demanda planteada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO.- DECLARAR la nulidad de la expresión "**material pornográfico**" contenida en el artículo 34 de la Resolución 122 de 8 de febrero de 2005, expedida por el Director del Establecimiento Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de la Dorada Caladas, aprobada por la Resolución 1605 de 4 de abril de 2005 del Director del INPEC.

TERCERO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda por los motivos expresados en la sentencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de la fecha.

GUILLERMO VARGAS AYALA
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO