

Cartagena de Indias D.T y C, cuatro (04) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

ACCIÓN	TUTELA
RADICADO	13001-33-33-014-2021-00061-01
DEMANDANTE	ROSARIO BALSEIRO HERNÁNDEZ EN REPRESENTACIÓN DE LOS MENORES MARIÁNGEL ALZATE BALSEIRO Y MARLON SALVADOR ALZATE BALSEIRO
DEMANDADO	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC)
TEMA	Traslado de recluso – derecho a la unidad familiar
MAGISTRADO PONENTE	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionante, contra el fallo de tutela de fecha 25 de marzo de 2021 , emitido por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, por medio del cual no se amparó los derechos fundamentales a la unidad familiar invocados en favor de los menores Mariángel Alzate Balseiro y “Marlon Salvador Alzate Balseiro.” y el derecho a la vida y salud del señor Yesid Alzate Jiménez consecuente con la decisión de traslado del centro penitenciario de la ciudad de Cartagena al de Valledupar.

III.- ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones¹.

Solicita la parte accionante lo siguiente:

“Ruego a usted que en la misma decisión que admita el presente ruego constitucional, se sirva determinar que el INPEC suspenda de manera transitoria como medida provisional, el traslado que aquí nos angustia, porque esperar los 10 días para su decisión puede ser ya demasiado tarde, en cuanto para entonces, los padecimientos del cáncer de mi poderdante y el alto riesgo de contagio que lo hace más propenso a contaminarse del Covid 19, se constituye en una alta amenaza que puede evitarse y que de por sí es generador de un perjuicio de innegables y graves consecuencias para su salud y la convivencia de sus hijos que esperan dentro de lo posible, seguir contando con su padre con vida por muchos años mas.”

¹ Folio 4

3.2. Hechos.²

La parte accionante, como sustento de sus pretensiones expuso los siguientes hechos:

“Indica el apoderado judicial de la parte actora, que los menores accionantes Mariángel Alzate Balseiro y Marlon Salvador Alzate Balseiro son hijos del señor Marlon Yesid Alzate Jiménez, ciudadano que actualmente se encuentra recluido con detención provisional en la Cárcel San Sebastián de Ternera de Cartagena, por el juicio que se adelanta ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cartagena por la presunta comisión de los delitos de homicidio y concierto para delinquir.

Señala el apoderado judicial en la presente acción, que el señor Yesid Alzate a quien representa en el proceso penal, tuvo conocimiento de que el INPEC había programado su traslado a la Cárcel de Valledupar.

Explica que dicha decisión fractura la unión conyugal y con sus hijos menores, mucho más ahora que su esposa e hijos se trasladaron de Medellín, ciudad de origen, a Cartagena para estar más cerca del señor Alzate Jiménez.

Precisa que esta situación se ve agravada dado que el detenido padece un cáncer de piel que lo margina de todo contacto físico con extraños y por ende lo sume en un absoluto aislamiento, que sería gravemente amenazado de consentirse su traslado.

Por último, señala que el mismo día de radicación del presente amparo constitucional estaría solicitando al INPEC que permita la visita de los menores hijos del señor Alzate.”

3.3. CONTESTACIÓN.

3.3.1 INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC).³

El día 12 de marzo del año en curso, se recibió informe de tutela rendido por el señor José Antonio Torres Cerón, en su condición de Coordinador del Grupo de Tutelas de la Oficina Asesora Jurídica del INPEC, solicitando que se negara la protección a los derechos fundamentales invocados debido a que no se han vulnerado los mismos.

Explica el funcionario citado, que la Ley 65 de 1993 en sus artículos 16, 73 a 78 y el párrafo del artículo 58 de la Ley 1453 de 2011 regulan lo concerniente a los traslados de la población reclusa entre distintos establecimientos penitenciarios, normas que distinguen entre dos tipos de personas, los detenidos preventivamente y los condenados.

² Folio 1-2

³ Folio 75-83

Indica, que en el caso de los condenados, la competencia del INPEC es mucha más amplia al momento de ordenar traslados, competencia que quedó asignada de manera exclusiva al Director General del INPEC.

Señala así mismo, que a través de la Resolución 1203 de 2012, la Dirección General del INPEC reglamentó las juntas asesoras de traslados y fijó pautas administrativas para presentar solicitudes de traslado y el trámite de los mismos.

Expone que la entidad también estableció unos lineamientos para que se pueda hacer visita virtual a la población reclusa, sin que repose prueba en el expediente que se hubiese realizado solicitud en este sentido.

Argumenta que la acción de tutela no procede contra actos administrativos, pues es el juez contencioso, el legitimado para proteger dentro del proceso ordinario los derechos fundamentales que puedan resultar afectados a través de las distintas medidas que se pueden solicitar, por lo que no es necesario tampoco esperar hasta que se profiera sentencia.

Recuerda que la Corte Constitucional tiene varias sentencias en las que ha indicado que la acción de tutela no es procedente para ordenar o impedir traslados de reclusos, a pesar de que en algunas de ellas se invocaban derechos de menores de edad, como en el caso que nos ocupa.

De acuerdo por lo sostenido por el INPEC, el distanciamiento de los reclusos no es solo una consecuencia de la restricción a la libertad, sino que sería ingobernable si como exigencia los debiera mantener en el lugar donde en determinado momento residía su núcleo familiar, y trasladarlos de reclusorio cuando la familia también lo hiciera; por ello, el legislador no incluyó dentro de las causales de traslado el acercamiento familiar.

Así las cosas, solicitó que se niegue la presente acción.

Posterior al informe presentado y como respuesta a una serie de requerimientos formulados por el juzgado para resolver la medida provisional solicitada por la parte actora, el INPEC, informó al Juzgado que, efectivamente el Director General de esa institución a través de la Resolución No. 1419 de 08 de marzo de 2021, había ordenado el traslado del señor Marlon Alzate Jiménez y de otros reclusos, luego de valorar la solicitud formulada por el Comandante de Policía Metropolitana de Cartagena en la que se indicaba que fuentes humanas habrían informado que los detenidos trasladados, harían parte del denominado "Clan de Golfo" y que estarían delinquiendo desde el centro de reclusión en la

ciudad de Cartagena, coordinando el homicidio de testigos protegidos de la Fiscalía que se encuentran declarando contra esa estructura delincuencial.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante providencia del veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021), decidió lo siguiente:

“PRIMERO: Negar el amparo a los derechos fundamentales invocados por las razones indicadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Notifíquese de la presente decisión a las partes, advirtiéndole que la misma puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, mediante el envío de escrito a la dirección de correo electrónico del juzgado: admin14cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co”

El Juez de primera instancia estimó procedente la presente acción porque los derechos presuntamente vulnerados son el derecho a la familia y unidad familiar de los menores hijos del recluso Marlon Yesid Alzate Jiménez, por el traslado ordenado desde el centro de reclusión de la ciudad de Cartagena al de Valledupar.

Expuso que, se reúnen los requisitos para estudiar de fondo la cuestión planteada, correspondiendo a determinar de fondo si en verdad la decisión de traslado ha incidido o afecta de manera grave los derechos fundamentales de los menores de edad que se indican como amenazados, o si estos se encuentran en una situación especial que requiera una mayor presencia de su padre, situación que además se debe analizar a la luz de los problemas de salud que la parte actora manifiesta padece el señor Alzate (cáncer de piel).

Al referirse a las circunstancias planteadas en la acción de tutela con el material probatorio que reposa en el expediente, pudo determinar que la decisión de traslado del señor Marlon Yesid Alzate Jiménez adoptada por el Director General del INPEC en la Resolución 001419 del 08 de marzo de 2021 no ha afectado de manera grave los derechos fundamentales a la unidad familiar de los menores accionantes, en la medida que no se ha podido evidenciar circunstancias particulares que demanden de un mayor grado de acompañamiento y presencia de la figura paterna como lo ha indicado la Corte Constitucional en los pocos casos en que ha accedido a la protección de derecho a la unidad familiar.

⁴Fol. 136-154

Así mismo, indicó que, si bien es cierto el señor Alzate no es accionante dentro del presente mecanismo de protección constitucional, procedió a indagar por sus condiciones de salud, para verificar si por ello eventualmente resultaba procedente acceder a la protección solicitada en relación con permitir una mayor cercanía con sus hijos; sin embargo, no encontró que el cáncer que manifiesta padecer constituya una patología que ponga en peligro su vida o que en la actualidad lo padezca.

Aduciendo que, los argumentos que se presentan son más respecto de las condiciones del señor Alzate Jiménez que de alguna afectación que padezcan los menores que es frente a quienes se propone la presente acción. En ese sentido recordó que el señor Alzate Jiménez no figura como actor dentro del presente amparo.

Pese a ello el A-quo revisó la historia clínica de la atención brindada por el médico dermatólogo Jorge Luis Duque Vásquez entre el año 2012 a 2017 advirtiendo que si bien es cierto que, luego de una consulta en la que manifestó tener una pequeña lesión en la mejilla y de practicada una biopsia se determinó que padecía de un “carcinoma basocelular sólido” diagnosticado en el año 2012, se aprecia que el tratamiento consistió en cortar la pequeña parte de tejido afectada, sin que se considere otra serie de tratamientos o medicación más allá de hacerle seguimiento constante a cualquier tipo de lesión en el rostro, que era la razón por la que acudió unas 4 o 5 veces más durante esos años.

De igual manera, plasmó que, una vez verificada la base de datos del ADRES, se pudo observar que actualmente que el señor Alzate figura como afiliado al régimen contributivo en Salud Total EPS; por lo que ese despacho judicial decidió oficiar a dicho prestador de salud para que informara si alguna vez se había atendido al señor Alzate por padecer de cáncer de piel, no encontrándose registro al respecto limitándose solo en señalar que revisado su historia clínica la única atención relación relacionada con la piel fue una consulta por un ganglio palmar de muñeca, no apreciándose evidencias médicas de cáncer de piel. Tampoco la historia clínica remitida por la Cárcel de Ternera registra consulta o tratamiento por cáncer. En ese sentido el A-quo, no encontró sustento de que la patología que manifestó padecer ponga en peligro la vida del señor Alzate te Jiménez.

Del mismo modo se estableció que la decisión de traslado de centro de reclusión, estaría amparada en una de las causales previstas en el parágrafo del artículo 58 de la Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 304 de la Ley 904 de 2004 (Código de Procedimiento Penal); esto es, en la prevención de actividades delincuenciales, ya que dentro de los documentos allegados por el INPEC se observó que fue el propio Comandante de la Policía Metropolitana de Cartagena, quien le solicitó al Director General del INPEC, que estudiara la

posibilidad de trasladar a una serie de reclusos de la Cárcel de Ternera de la ciudad de Cartagena a otros penales de mayor seguridad, entre ellos al señor Alzate, toda vez que esa institución los tenía identificados como presuntos miembros de la Subestructura Héroes del Caribe del GAO (Clan del Golfo), y que fuentes humanas les habrían indicado que estas personas estarían coordinando desde ese centro de reclusión, posibles homicidios selectivos en contra de testigos de la Fiscalía que se encuentran declarando contra el GAO⁵.

Finalmente, concluyó que el INPEC expidió la Resolución 001419 del 08 de marzo de 2021, ordenando el traslado de varios internos, siendo el señor Alzate uno de los reclusos al que se ordena trasladar a otro penal de la misma región Caribe (CPAMS de Valledupar), permaneciendo cerca de su familia, quienes según las declaraciones residen en la ciudad de Cartagena en la misma vivienda que reportó el recluso cuando ingresó en la Cárcel de Ternera en el año 2019.

3.5. IMPUGNACIÓN.⁶

Mediante correo electrónico de fecha 26 de marzo de 2021 el apoderado judicial de la parte actora manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia. Al respecto expuso que:

"Buenos días. Acuso recibo de la decisión y frente a la misma de una vez debo expresar dos cosas: Que impugno en la medida en que a pesar de admitirse los distintos y enriquecidos antecedentes constitucionales en protección de los menores, al final la decisión se aparta de ellos y lo hace sustentada en una razón que me ha sorprendido en cuanto a que el traslado según responde al riesgo que implica mi poderdante como supuesto miembro de un grupo organizado, que están delinquiendo desde la cárcel, esta nueva razón que no hizo parte en modo alguno en el trámite de la tutela no puede ser usada como soporte para negar los derechos de los menores ni de la salud y vida de mi poderdante.

Es por esa razón que independientemente a esta impugnación, como quiera que se ha dado por cierta semejante afirmación absolutamente irresponsable y alejada de toda verdad, frente a mi poderdante, hoy mismo estoy presentado una acción de tutela para desvertebrar semejante afirmación, la cual será contrastada con las pruebas del proceso que han demostrado cualquier vinculación delictiva de mi poderdante y más aún cuando su proceso es en solitario y no está procesado al lado de ningún grupo delictivo. Esta razón será demostrada pero obviamente requiere de un escenario en que la defensa pueda demostrar lo contrario pero mientras tanto como acto de profilaxis de la presente tutela, ruego a la segunda instancia excluir cualquier alusión a este que a la final ha sido el sustento para negar la protección de tutela".

⁵ Oficio No. S-2021-013609/MECAR-COMAN-29 del 27 de febrero 2021.

⁶ Fol. 160-162

Aunado a lo anterior, se anexó al expediente oficio No. 0321 de fecha 26 de marzo de 2021⁷ donde vinculan al juzgado de primera instancia a otra acción de tutela presentada por el señor por MARLON ALZATE JIMENEZ, a quien se le estudió en el fallo de primera instancia si con la solicitud de su traslado se le vulneran los derechos fundamentales de él y su familia,

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha seis (06) de abril de dos mil veintiuno (2021)⁸, se concedió la impugnación interpuesta por la parte accionante, siendo asignada el conocimiento de este Tribunal, de conformidad con el reparto realizado el siete (7)⁹ de abril de dos mil veintiuno (2021), siendo admitida en la misma fecha¹⁰.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.CONSIDERACIONESDE LA SALA

5.1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto de Ley 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe en esta instancia es el siguiente:

¿Existe vulneración de los derechos fundamentales a la unidad familiar de los menores Mariángel Álzate Balseiro y Marlon Salvador Álzate Balseiro con la decisión de traslado dada por el INPEC de la Cárcel de Ternera de la

⁷ Librado por el Juzgado Quinto Penal Del Circuito Con Funciones De Conocimiento dentro de la acción de tutela presentada por MARLON ALZATE JIMENEZ contra MARIANO BOTERO COY-DIRECTOR INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO-INPEC,DIRECTOR-CARCEL JUDICIAL SAN SEBASTIAN DE TERNERA, JUZGADO 14 ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, JUZGADO PRIMERO PENAL ESPECIALIZADO DE CARTAGENA

⁸ Fol. 265-266

⁹ Fol. 277

¹⁰ Fol. 278-279

ciudad de Cartagena a Valledupar de su padre Marlon Yesid Álzate Jiménez?

5.3. Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia como quiera que no se encontró vulneración de los derechos fundamentales a la unidad familiar de los menores Mariángel Álzate Balseiro y Marlon Salvador Álzate Balseiro con la decisión de traslado dada por el INPEC de la Cárcel de Ternera de la ciudad de Cartagena a Valledupar de su padre Marlon Yesid Álzate Jiménez; en ese sentido, la parte actora no probó padecer de un perjuicio irremediable que hiciera procedente el amparo, pues no se encontró ninguna circunstancia que ameriten un mayor grado de compañía y presencia del padre.

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Para abordar los problemas planteados la Sala estudiará los siguientes temas: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) acceso a la administración de justicia; iii) El Debido Proceso; v) Facultad del INPEC de trasladar a las personas privadas de la libertad. ; iv) Caso concreto.

5.4.1 GENERALIDADES DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista

un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

5.4.2- La facultad del INPEC de trasladar a las personas privadas de la libertad.

En virtud de lo establecido en el artículo 73 de la Ley 65 de 1993¹¹, le corresponde a la dirección general del Inpec disponer el traslado de los internos condenados a los diferentes centros de reclusión del país, ya sea por decisión propia, motivada o por solicitud formulada ante ella.

De acuerdo a la anterior, la Corte Constitucional sobre la materia ha expresado en Sentencia T-498/19:

*“La misma Ley establece las causales para el efecto, enlistadas en el artículo 75 ibídem, modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014, así: **i) por motivos de salud debidamente comprobados por médico oficial, ii) por falta de elementos adecuados para el tratamiento médico del interno, iii) por motivos de orden interno del establecimiento, iv) como estímulo de buena conducta -con la aprobación del respectivo consejo de disciplina-, v) para descongestionar el establecimiento penitenciario, y vi) cuando sea necesario trasladar al interno a un centro de reclusión que ofrezca mayores condiciones de seguridad.***

El artículo 78 de la mencionada ley establece que para efectos de los traslados de internos a nivel nacional, se integrará una junta asesora que será reglamentada por el director general del Inpec, la cual formulará sus recomendaciones a éste, teniendo en cuenta todos los aspectos socio-jurídicos y de seguridad. Conforme con ello, tal directiva profirió la Resolución 1203 del 16 de abril de 2012, en la cual reguló, entre otros, las funciones de la Junta de Traslados de estudiar y analizar las solicitudes que se presenten acorde con las

¹¹ Sentencia T-498/19

causales previstas en el artículo 75 de la Ley 65 (art. 8 de la mencionada resolución), y recomendar a la dirección general el movimiento de internos.

Dicha resolución en el numeral 11 del artículo 4º dispone que los directores de los establecimientos de reclusión del orden nacional son competentes para “[s]olicitar al director general a través del grupo de asuntos penitenciarios, el traslado de internos, previo estudio del cumplimiento de los requisitos contenidos en los artículos 73, 74 y 75 de la Ley 65 de 1993 y demás contemplados en los procedimientos aprobados por el Instituto. Exclusivamente sobre el cumplimiento de estos requisitos, queda facultado para decidir si remite o no la solicitud de traslado del interno, determinación que se le debe comunicar para que subsane o desista de la solicitud de traslado”.

Desde la sentencia C-394 de 1995, se ha venido sosteniendo que si bien la facultad de traslado de los reclusos es discrecional, la misma debe ejercerse dentro de los límites de la razonabilidad y el buen servicio de la administración, para evitar de esta manera cualquier tipo de arbitrariedad; lo que reitera cuando se indicó que.

“(…) la discrecionalidad es relativa porque, tal y como lo ha sostenido esta Corporación, no hay facultades puramente discrecionales en un Estado de Derecho. Por ello, la Corte al resolver esta clase de conflictos, ha dicho que el juez de tutela no puede interferir en las decisiones sobre traslados, a no ser que observe una arbitrariedad o una vulneración de los derechos fundamentales del reo. Así mismo, ha sostenido que cuando no se vislumbra la violación de un derecho fundamental, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es la acción procedente para atacar la actuación”.¹²

Así mismo se expresó en la sentencia T-153 de 2017 al establecer que el Inpec, “[...] goza de discrecionalidad para decidir los traslados de los internos, siempre que no se pierdan de vista los fines de la norma y la proporcionalidad que debe existir entre el motivo o causa del traslado y la decisión de llevarlo a cabo, pues como es lógico dicho instituto debe garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos carcelarios y por ello debe adoptar discrecionalmente las medidas que juzgue pertinentes con tal finalidad, situación que impide en principio que el juez de tutela tome partido a favor de una opción como sería la de traslado de un preso, sin que ello signifique que no pueda intervenir para que sean tenidos en cuenta determinados derechos fundamentales omitidos en el estudio de una petición de traslado”.

¹² Sentencia T-498/19

Tal como se advierte de lo referido, en vista de que le corresponde al Inpec garantizar la seguridad y el orden en los establecimientos carcelarios, sus funcionarios pueden proceder dentro de una discrecionalidad reglada, que impone una sustentación razonable sobre las causas de un traslado de establecimiento de reclusión, que guarde proporcionalidad entre el motivo y lo decidido, debiéndose garantizar que la restricción sobre derechos fundamentales sea solo la absolutamente indispensable.

13. Bajo ese entendido, en reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha señalado que por regla general el juez de tutela no puede interferir en las decisiones sobre traslados, a no ser que observe una arbitrariedad o una vulneración de los derechos fundamentales del recluso, lo que la ha llevado en diversas ocasiones a negar el solicitado a través de este amparo, por considerar que el ejercicio de la facultad por parte del Inpec había sido razonable, mientras que en otras ocasiones lo ha concedido, cuando ha advertido que la actuación de las autoridades carcelarias resulta arbitraria o están de por medio derechos fundamentales de tal jerarquía ante los cuales debe ceder el ejercicio de la facultad discrecional. En tales condiciones, esta Corte ha determinado que:

“(...) se considera que es arbitraria e injustificada la decisión en relación al traslado de los reclusos cuando, evidenciándose vulneraciones a derechos fundamentales no restringibles, la Dirección general del Inpec:

(i) Emite órdenes de traslado o niega los mismos sin motivo expreso. (ii) Niega traslados de internos bajo el único argumento de no ser la unidad familiar una causal establecida en el artículo 75 del Código Penitenciario y Carcelario. (iii) Emite órdenes de traslado o niega los mismos con base en la discrecionalidad que le otorga la normatividad, sin más argumentos. Por el contrario, se observa que se ha considerado fundada la amplia facultad de apreciación de las causales de traslado, de los mismos cuando la decisión se encuentra justificada en las siguientes razones: (i) Que el recluso requiera una cárcel de mayor seguridad. (ii) Por motivos de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios. (iii) Porque se considere necesario para conservar la seguridad y el orden público. (iv) Que la estadía del recluso en determinado penal sea indispensable para el buen desarrollo del proceso”.¹³

Con fundamento en lo anterior se ha concluido que el Inpec cuenta con la facultad de decidir sobre los traslados de los internos entre los diferentes establecimientos carcelarios, atendiendo criterios de seguridad, salubridad y dignidad humana; empero, *“dicha facultad es de carácter relativo y, por ende, las decisiones de traslado deben guardar proporcionalidad entre el estudio de la solicitud y la decisión y, bajo ningún motivo pueden transgredir garantías*

¹³ Sentencia T-498/19

fundamentales, pues, de lo contrario, es procedente la intervención del juez de tutela en aras de restablecer los derechos conculcados por la autoridad carcelaria.

5.5. CASO CONCRETO

5.5.1. Hechos relevantes probados

Los hechos relevantes para resolver el caso de marras son los siguientes:

- Registro civil de Mariangel Álzate Balseiro¹⁴.
- Declaración jurada de Rosario Balceiro¹⁵
- Registro civil María Celeste Alzate Balceiro¹⁶
- Declaración de Valery Alzate Balceiro¹⁷.
- Solicitud de permiso de fecha 09 de marzo del 2021, para ver a su padre por medio de visitas al centro de reclusión.¹⁸
- Respuesta con una negativa dada por el INPEC de fecha 11 de marzo de 2021, a la solicitud de visitas realizada por la parte actora, se permitió solo la presencia de un familiar adulto por medio de PPL.¹⁹
- Certificado sin firmar con Ref. Biopsia: pap12-6409 dado por el médico cirujano Jorge Luis duque Vásquez donde se indica del padecimiento alegado por la parte actora en cuanto al cáncer de piel del señor Jiménez²⁰.
- Cartilla biográfica del interno de fecha 17 de marzo del 2021 dada por el INPEC²¹
- Certificado médico generado y firmado por el Médico General Eric de Jesús Vargas Luna del 2 de marzo de 2021.²²
- Resultados de Exámenes de laboratorio clínico coronavirus Sars-Cov-2, de fecha 1 de julio del 2020 resultado Negativo.²³
- Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública Ficha de notificación individual- de fecha 26 de junio del 2020 ²⁴

¹⁴ Fol. 3

¹⁵ Fol. 25

¹⁶ Fol. 27

¹⁷ Fol. 29

¹⁸ Fol. 31-33

¹⁹ Fol. 35

²⁰ Fol. 36

²¹ Fol. 105-107

²² Fol. 108

²³ Fol. 109

²⁴ Fol. 110

- Hoja de Control Consulta Externa generado por el INPEC de fecha 1 de enero del 2020.²⁵
- Examen Médico de Ingreso y Egreso EMI-E y Anexos del INPEC de fecha 10 de junio de 2014.²⁶
- Respuesta de salud Total EPS de fecha 18 de marzo del 2021, donde adjunta HISTORIA CLINICA de IPS VIRREY SOLIS del señor MARLON YESID ALZATE JIMENEZ ²⁷.
- Copia del auto admisorio de la acción de tutela que se adelantó en el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento radicado No. 13001310400520210002400²⁸.
- Historia clínica de Marlon Álzate expedida por Jorge Luis Duque Vásquez, donde se determina que existe un granuloma piógeno en la mejilla derecha, el cual fue cauterizado el 27 de noviembre de 2012²⁹.

6.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Para poder abordar el estudio del problema jurídico sobre el fondo del asunto, primero debe ser superado el problema atinente a establecer, si en la presente acción de tutela se cumple con el requisito de subsidiariedad. En sentencia de primera instancia, se consideró que sí era procedente este mecanismo, por el hecho de que existió la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la unión familiar alegados, por los hijos del señor Marlon Alzate Jiménez, quienes por ser sujetos especiales de protección, permite superar este requisito y estudiar el fondo del asunto; argumento en el cual coincide esta Corporación, por lo que no ahondará en el mismo.

La inconformidad del impugnante radica en cuanto a que el traslado según su dicho, responde al riesgo que implica como supuesto miembro de un grupo organizado, que está delinquiendo desde la cárcel; esta nueva razón, que no hizo parte en modo alguno en el trámite de la tutela, no puede ser usada como soporte para negar los derechos de los menores ni de la salud y vida de la actora.

Sobre el primer argumento, debe manifestar la Sala, que el motivo del traslado está en el informe presentado por la accionada, constituyéndose en una causal legal el mismo, descartándose una de las causas del amparo en esta materia, como lo es que, el traslado discrecional sin motivación real, ya que como se

²⁵ Fol. 111

²⁶ Fol. 112-113

²⁷ Fol. 124-134

²⁸ Fols. 193-194

²⁹ Fols. 233-264

expresó en el marco normativo, una de las razones del mismo, es que este se dé por razones de seguridad.

En conjunto con lo antes dicho, la tutela se torna excepcionalmente procedente para ordenar al INPEC y a los directores de los centros carcelarios autorizar los traslados de reclusos a la cárcel más cercana al domicilio de sus familias. Así mismo, ha indicado el máximo Tribunal de lo constitucional que los traslados no pueden ser caprichosos, de manera que en estos casos procede la acción de tutela de manera excepcional para estudiar la referida afectación, pero, en este evento, el demandante no demuestra que la afirmación de la causa del traslado no sea razonable.

Del mismo modo, el A-quo determinó que, con la expedición de la Resolución 001419³⁰ del 08 de marzo de 2021, no se afectó de manera grave los derechos fundamentales a la unidad familiar de los menores accionantes, en el entendido que no se comprobó circunstancias particulares que exijan un mayor grado de compañía y presencia del padre, como lo ha indicado la Corte Constitucional en los pocos casos en que ha accedido a la protección de derecho a la unidad familiar.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia T-468/20, donde se estableció lo siguiente:

"Primero, determinó que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho era un mecanismo judicial idóneo para resolver la controversia en este caso. Segundo, concluyó que debía examinar si este medio efectivamente garantizaba que no se configurara un perjuicio irremediable. La sentencia resaltó que para llevar a cabo este análisis debía valorar si el traslado i) había sido ordenado de manera arbitraria y ii) prima facie vulneraba los derechos fundamentales del peticionario o de su grupo familiar. Además, determinó que prima facie no hubo una afectación a los derechos del peticionario o de su núcleo familiar. Por un lado, consideró que a primera vista no existe un vínculo que permita determinar que la salud de la niña solo puede mejorar si su padre es trasladado de nuevo a Málaga, ya que i) la menor de edad puede recibir atención psicológica en Cúcuta; ii) los dictámenes psicológicos no señalan que la presencia física del padre sea una condición indispensable para que la salud de la niña mejore; iii) la hija del peticionario cuenta con una red familiar de apoyo amplia en su lugar de residencia; iii) la niña no depende única y exclusivamente del cuidado físico de su padre para desarrollarse y, iv) la relación de amor y cuidado entre padre e hija puede desarrollarse por medios de comunicación o herramientas tecnológicas que les permitan mantener un contacto permanente y directo. Por otro lado, determinó que, en principio, el traslado no implica un rompimiento de los lazos familiares del peticionario, debido a que como el traslado no se ordenó de forma arbitraria y prima facie no hay una vulneración de derechos fundamentales, en este caso particular no se está ante la

³⁰ Fol 150



ocurrencia o amenaza de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, consideró que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es un mecanismo idóneo para resolver esta controversia y, en consecuencia, la tutela debía ser declarada improcedente porque no cumple con el requisito de subsidiariedad. 36. Finalmente, esta Sala de Revisión debe señalar que la separación transitoria del padre de su hija no implica el rompimiento de los lazos emocionales que los unen. Esta Corporación, a lo largo de sus años, ha defendido que la familia está donde están los afectos, de manera que, a pesar de que esta pueda estar materialmente separada temporalmente, mientras los vínculos de amor, respeto y responsabilidad se encuentren vigentes, los padres siempre podrán apoyar a sus hijos y buscar maneras para poder acompañarlos emocionalmente.³¹

En este aparte se puede observar que en efecto existen sujetos de especial protección, como son los menores edad, lo cual según la jurisprudencia tienen un trato de especial protección constitucional.

Sin embargo, en el sub-lite, no existe material probatorio que permitiera dar prueba fidedigna, de que los hijos del señor Alzate padezcan de alguna enfermedad que haga procedente el amparo en este caso particular, coincidiendo la misma situación fáctica con los hechos de la tutela transcrita; por lo que el traslado que se le daría a su padre a otra ciudad, no puede ser invalidado por este medio. Además, hoy en día existen medios tecnológicos que permiten esa cercanía. En ese mismo sentido, la parte actora podría solicitar la visita de forma virtual, situación que se comprueba dentro del mismo escrito constitucional no se ha promovido por los accionantes; adicionalmente, dada la situación actual que enfrenta el mundo por el COVID 19, no es recomendable las visitas presenciales a dichos centros de reclusión.

En relación con la vulneración del derecho a la salud del señor Marlon Yesid Alzate Jiménez, no existe prueba en el plenario que contrarié lo plasmado por el juez de primera instancia y al existir otro medio como este incoado por el señor antes mencionado, esta Sala se abstendrá de estudiar el mismo para evitar que exista cosa juzgada.

En ese orden de ideas, procederá esta Judicatura a confirmar la decisión de primera instancia, puesto que la parte actora no evidenció padecer de un perjuicio irremediable, en este tipo de situaciones jurídicas, lo que busca la impugnantes es que se desvirtúe la decisión contenida en el acto administrativo Resolución 001419³² del 08 de marzo de 2021, para tal fin debería dirigirse a

³¹ Procedencia de la acción de tutela como mecanismo para controvertir decisiones de la administración pública. Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO. Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil veinte (2020). Sentencia T-468/20

³² Fol. 150

13-001-33-33-014-2021-00061-01

una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, a fin de que se profiera una decisión sobre el caso en marras.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR, la sentencia de primera instancia, por lo aquí expuesto

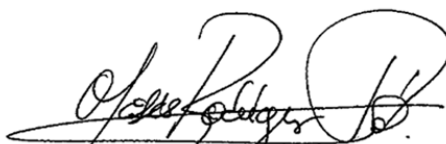
SEGUNDO: NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991)

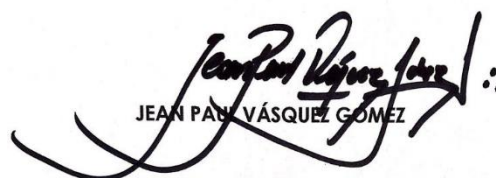
CUARTO: Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sesión virtual de la fecha en Sala No. 017


 MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


 EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


 JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ