**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, Risaralda, cuatro (4) de agosto de dos mil quince (2015)

Acta No. 336

Expediente 66001-31-10-003-2015-00381-01

**I. Asunto**

Decide el Tribunal la impugnación formulada por el CONSEJO DE DISCIPLINA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE PEREIRA y JHON EDISON BAENA UGARTE, contra el fallo dictado el 19 de junio de 2015 por el Juzgado Tercero de Familia de esta ciudad, dentro de la acción de tutela promovida por éste último, contra el citado Consejo de Disciplina y el INPEC REGIONAL VIEJO CALDAS.

**II. Antecedentes**

1. El actor por intermedio de vocera judicial, interpuso acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y la igualdad, en consecuencia pide se ordene anular las decisiones tomadas a través de las Resoluciones 0944 del 21 de octubre de 2014 suscrita por el Director del EPMSC Pereira Presidente del Consejo de Disciplina y la 340 del 12 de marzo de 2015, proferida por la Directora Regional del Viejo Caldas INPEC.

**III. Hechos**

1. Las circunstancias que dieron origen a la solicitud de amparo, admiten el siguiente compendio:

1.1. Que el señor Jhon Edison Baena Ugarte, se encuentra privado de la libertad desde el 16 de septiembre de 2012.

1.2. Desde el 21-03-2013 obtuvo autorización para estudio en curso Artes y Oficios, se desempeñó como monitor y el 08-08-2013 fue autorizado para trabajar como instructor, labor que alternaba con el curso de contabilidad y nóminas en el SENA y el 9-04-2014 obtuvo permiso para trabajar como recuperador ambiental, oficio que hoy desempeña, sin presentar ningún inconveniente.

1.3. Dice, que el 1 de enero de 2014 se realizó una visita de control en el patio ERE y le fue decomisado una USB, época en que él se encontraba estudiando.

1.4. Comenta que después de 10 meses de ese operativo fue llamado a versión libre por la investigación disciplinaria, donde manifestó que la USB decomisada en ese tiempo era permitida y era de un compañero de estudio que utilizaba para grabar sus trabajos porque estudiaba contabilidad y nóminas en el SENA, también era instructor.

1.5. A través de la Resolución 0944 del 21 de octubre de 2014, suscrita por el Director EPMSC Presidente del Consejo Disciplinario, fue sancionado, por tener en su poder una memoria USB, con la pérdida de 10 visitas.

1.6. Decisión contra la cual el 13 de noviembre, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación cuya sustentación radicó el 19 de noviembre de 2014.

1.7. Cuestiona que los recursos interpuestos por su defensa no fueron tenidos en cuenta, que no le fue notificada a su apoderada la decisión de la reposición por lo que el señor Jhon Jairo tuvo que elaborar con su puño y letra la sustentación para la apelación, pero en la Resolución 340 del 12 de marzo de 2015, suscrita por la Directora Regional Viejo Caldas INPEC, a través de la cual se resolvió la apelación, tampoco fueron tenidos en cuenta sus argumentos en la motivación.

1.8. Comenta que pese a que sus argumentos defensivos no fueron atendidos en esta última resolución, si le fue notificada el 6 de mayo de 2015, modificando la sanción impuesta a 6 visitas.

1.9. Argumenta que la sanción disciplinaria impuesta se constituye ilegal porque la tenencia de una memoria USB, que básicamente se puede equiparar a un libro, pues es un dispositivo de almacenamiento no puede asimilarse a un medio de comunicación de uso prohibido dentro de los establecimientos carcelarios, ni está enlistado en las disposiciones como objetos prohibidos. Por tanto existe una flagrante violación a los derechos de defensa técnica, debido proceso disciplinario, presunción de inocencia, acceso a la justicia y principio de legalidad de las sanciones.

2. Correspondió su conocimiento al Juzgado Tercero de Familia de esta localidad y por auto del 4 de junio admitió la demanda en contra de los accionados, concediéndoles el término de 3 días para el ejercicio del derecho de defensa.

2.1. Señaló el INPEC que lo atacado es un acto de la administración, olvidando que la tutela no es el medio legalmente establecido para debatirlos.

En cuanto al asunto concreto informa que efectivamente esa regional resolvió el recurso de apelación frente al caso del interno, recordando que efectivamente era un escrito de los que usualmente elaboran los internos por lo que el recurso fue resuelto frente a lo planteado en dicho documento y como lo afirma la apoderada del accionante, el escrito elaborado por ella con sus argumentos de defensa no fue adosado al expediente disciplinario, comenta que para el 26 de noviembre de 2014, el Director del Establecimiento de Pereira remite varios expedientes para estudiar recursos de apelación presentados por el personal interno frente a lo que advierten que en el caso del señor Jhon Jairo Baena Ugarte se adjunta resolución de sanción, sustentación de recursos y no se hace mención a la resolución que haya resuelto algún recurso de reposición.

Aclara a la profesional del derecho del accionante, que no es costumbre de las autoridades penitenciarias tomar represalias contra los internos que ejercen acciones legales o constitucionales, son respetuosos de esos derechos. Igualmente, que si bien ella asimila la memoria a un libro, lamentablemente ese es un dispositivo electrónico que permite almacenar gran cantidad de información y ello constituye un riesgo para la seguridad del establecimiento.

Finalmente, pide su desvinculación de la presente acción y se declare improcedente.

2.2. El Director del EPMSC de Pereira, manifiesta que revisados los hechos efectivamente hubo una violación al debido proceso del accionante, pues en la investigación se desconoció el principio de legalidad, puesto que no existe legislación penitenciaria actual que de manera expresa establezca que la tenencia de dispositivos de almacenamiento masivo de información USB sea considerada como falta disciplinaria; por tal motivo de oficio promoverá la revocatoria de la Resolución *“No. 340 del 12 de marzo de 2015”*, cuya sanción no se ha hecho efectiva toda vez que el accionante se encuentra en grado “EJEMPLAR” lo que quiere decir que la sanción no le ha causado perjuicio alguno.

**IV. La sentencia impugnada**

1. Tuvo lugar el 19 de junio último, concediendo el amparo de tutela, para ordenar a la Dirección Regional Viejo Caldas del INPEC, dejar sin efectos la Resolución 340 del 12 de marzo de 2015 en lo que respecta al accionante, e igualmente al Director del EPMSC de Pereira, emitir un nuevo acto administrativo resolviendo el recurso de reposición y en subsidio el de apelación interpuestos por la apoderada judicial del actor, atendiendo sus argumentos de defensa.

Para decidir así, hizo referencia el juzgado a la vía de hecho administrativa como violación al debido proceso, que tuvo lugar en este caso al omitirse resolver el recurso de reposición y además remitir el mismo y el escrito de apelación al superior, lo que condujo a que éstos no fueran tenidos en cuenta al momento de resolver la apelación.

**V. La impugnación**

1. Interpuesta por el Consejo de Disciplina del EPMSC de Pereira y el accionante.

1.1. El primero de ellos expuso varios aspectos que enseguida se sintetizan:

a.) Que la profesional del derecho representante del actor no radicó el escrito de apelación en la Oficina de Investigaciones Internas del EPMSC, sino en otra dependencia, lo que ocasionó que cuando el escrito llegó a la oficina indicada ya se había resuelto el envío a la Dirección del INPEC Viejo Caldas.

b.) Que en momento alguno se vulneró el debido proceso en el curso de la investigación disciplinaria, pues el actor rindió versión libre, previamente indagado si requería abogado, se pasó el asunto a investigación del Consejo de Disciplina donde se decide sancionar o absolver, se notifica la decisión y en este caso el interno Jhon Edison presentó recurso de apelación, del que se dio trámite al superior.

c.) Dice, no le asiste razón a la abogada, cuando expresa que para el 2014, las memorias USB en poder de los internos estuvieran permitidas, pues la Ley 65 de 1993, el Decreto 0011 de 1995 y el reglamento interno para los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país prohíben medios de comunicación en poder de la población reclusa y si bien para aquella época no se enlistó taxativamente la memoria USB, si se habló de medios de comunicación y ése elemento es un medio de comunicación, pues allí se recopila información que luego sale al exterior por medio de visitantes.

d.) Para culminar, en cuanto a la aseveración de que las memorias USB al momento del decomiso eran permitidas, no es real, toda vez que mediante acta 153 del 7 de febrero de 2013, se dejó constancia de la reunión efectuada a los internos y demás personal, donde se socializó que está totalmente prohibido la tenencia y uso de dispositivos electrónicos, *“USB, CD, DISQUETTE, MODEN etc”.*

Como consecuencia de lo expuesto, pide se niegue la tutela y en su lugar se declare improcedente.

1.2. El accionante, no expuso sus motivos de inconformidad.

**VI. Consideraciones de la Sala**

1. Esta Corporación es competente para resolver la impugnación, toda vez que es el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la sentencia de primera instancia.

2. Encuentra la Sala que el recurso de amparo fue instaurado por el actor, con el propósito de que el juez de tutela ordene anular las decisiones tomadas a través de las Resoluciones 0944 del 21 de octubre de 2014 suscrita por el Director del EPMSC Pereira Presidente del Consejo de Disciplina y la 340 del 12 de marzo de 2015, proferida por la Directora Regional del Viejo Caldas INPEC. El juez de primer nivel concedió el amparo solicitado, al encontrar que se incurrió en una vía de hecho administrativa con violación del debido proceso, al haberse omitido resolver sobre el recurso de reposición que oportunamente interpuso el actor frente a la resolución que le impuso la sanción ya conocida.

3. Frente a la situación descrita, la Sala debe determinar si en dicho proceso disciplinario se le vulneraron los derechos fundamentales que reclama el accionante y proceder de conformidad según se lo que se encuentre probado.

4. La acción constitucional consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, se caracteriza por ser una acción preferente y sumaria que busca evitar de manera inmediata la amenaza o vulneración de un derecho fundamental. Además su procedencia se circunscribe a la condición de que no existan otros medios ordinarios a través de los cuales se pueda invocar la protección del derecho en cuestión o que existiendo esta vía jurídica carezca de idoneidad para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

5. Frente a la protección de los derechos fundamentales que pudieran verse amenazados o vulnerados por actos emitidos por la administración, la Corte Constitucional ha considerado que por regla general la acción de tutela no es el mecanismo efectivo sino que la competencia se encuentra radicada en la jurisdicción contencioso administrativa; sin embargo, ha sido considerada procedente de manera excepcional cuando se den las siguientes condiciones: (i) que no se trate de actos de contenido general, impersonal y abstracto, por expresa prohibición del artículo 6, numeral 5, del Decreto 2591 de 19913 ; y (ii) que el demandante logre probar la existencia de un perjuicio irremediable para obtener el amparo constitucional.[[1]](#footnote-1)

6. Respecto a la condición referida a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la misma línea jurisprudencial ha considerado necesario determinar la presencia concurrente de varios elementos:

***“(i) la inminencia del daño, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente, entendiendo por amenaza no la simple posibilidad de lesión, sino la probabilidad de sufrir un mal irreparable y grave de forma injustificada; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, que exige la adopción de medidas prontas o inmediatas para conjurar la amenaza, y (iv) la impostergabilidad de la tutela, que implica acreditar la necesidad de recurrir al amparo como mecanismo expedito y necesario para la protección de los derechos fundamentales.”***

6. Además de los elementos configurativos del perjuicio irremediable citados anteriormente, la Corte ha exigido que para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, el perjuicio se encuentre probado en el proceso, puesto que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

En suma, no basta con la afirmación de que un derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable; sino que es necesario, que el afectado *“explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”[[2]](#footnote-2)*

**VII. Análisis del caso concreto**

1. El problema jurídico planteado en el presente asunto es: ¿si es procedente la acción de tutela para anular la Resolución No. 0944 del 21 de octubre de 2014, emitida por el Presidente del Consejo de Disciplina del EPMSC de Pereira y la 340 del 12 de marzo de 2015, expedida por la Directora Regional Viejo Caldas, por las razones aducidas por el actor?

2. No obstante observa la Sala que aunque el peticionario puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en procura de demandar la nulidad del acto que lo sancionó y el restablecimiento de su derecho, la tutela resulta procedente en este caso concreto porque esa vía no resultaría materialmente eficaz para proteger sus derechos porque mientras los jueces ordinarios deciden, la sanción alcanzaría a cumplirse. Es decir, que el factor temporal en este caso constituye la razón primordial para excluir el otro mecanismo de defensa judicial.

3. Así las cosas, se procederá al análisis de fondo de la cuestión que se ha puesto a consideración de este tribunal y concretamente si se lesionó al demandante el derecho al debido proceso con los actos administrativos contenidos en las Resoluciones 0944 del 21 de octubre de 2014, emitida por el Presidente del Consejo de Disciplina del EPMSC de Pereira y la 340 del 12 de marzo de 2015, expedida por la Directora Regional Viejo Caldas, por medio de las cuales se impuso al actor sanción de suspensión inicialmente de 10 visitas, que luego fue reducida a 6.

4. Se tiene que el fundamento para imponer la sanción al señor Baena Ugarte, lo constituye el artículo 121 de la Ley 65 de 1933 que clasifica las faltas disciplinarias en leves y graves y el parágrafo del artículo 25 del Acuerdo 011 de 1995, que a la letra dice:

***“En los establecimientos de reclusión el Director General del INPEC procurará la instalación de teléfonos públicos a los cuales tendrán acceso los internos para efectuar llamadas en los términos del presente acuerdo.***

***Estas comunicaciones podrán ser objeto de interceptación por orden de autoridad judicial.***

***Está prohibida la posesión o utilización de medios de comunicación no autorizados, tales como buscapersonas, celulares, radios de comunicación y computadores.”***

5. Del repaso de la norma en cita, se observa que la conducta desplegada por el accionante, esto es, tener en su poder una memoria USB, no se enmarca dentro de aquellas prohibiciones allí señaladas, por consiguiente ha de concluirse que existe una flagrante vulneración al principio de legalidad, que habrá de reconocerse en este trámite tutelar, por lo cual es menester proteger los derechos invocados por el tutelante.

6. Los procedimientos que se empleen con la finalidad de imponer sanciones, deben supeditarse a los postulados de la Constitución Nacional y de manera concreta a aquellos que garantizan el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas. La Corte Constitucional se ha ocupado de enlistar el mínimo de garantías consagradas en el artículo 29 superior que debe respetar un proceso disciplinario:

***“En virtud de lo anterior la jurisprudencia constitucional ha señalado que los principales elementos constitutivos del derecho constitucional al debido proceso, enunciados en el artículo 29 constitucional hacen parte del procedimiento disciplinario, entre los que cabe mencionar (i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus.***

***“Así, esta corporación ha sostenido que el sujeto disciplinable tiene derecho a “la comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción; la formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias; el traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados; la indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos; el pronunciamiento definitivo de las autoridades competentes mediante un acto motivado y congruente; la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron; y la posibilidad de que el encartado pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones”[[3]](#footnote-3).*** Subrayas fuera de texto.

7. Esas garantías deben ser observadas por quienes tienen la facultad para imponer sanciones en un establecimiento carcelario, aunque los reglamentos disciplinarios no regulen el procedimiento respectivo de forma detallada. El funcionario respectivo debe observar entonces los principios y garantías constitucionales propias del debido proceso, porque de no hacerlo, la tutela se constituye en medio idóneo de protección.

8. Las pruebas recogidas en el expediente, acreditan que no se cumplió con el trámite del proceso sancionatorio, pues como ciertamente lo advierte la abogada del señor Jhon Jairo Baena Ugarte y así lo reconoció el *a quo*, el Consejo de Disciplina no resolvió el recurso de reposición interpuesto frente a la Resolución 0944 del 21 de octubre de 2014. Se procedió al envío de dicha decisión ante el superior para resolver la apelación, sin haberse decidido la reposición; es decir, no se dio trámite de manera correcta a los recursos de que hizo uso el sancionado, en pro de agotar la vía gubernativa a que tenía derecho.

9. Significa lo anterior que en el referido proceso disciplinario en contra del señor Jhon Jairo Baena Ugarte, se incurrió en dos faltas que evidentemente atentan contra su derecho fundamental al debido proceso, que consisten en i) haberse pretermitido el recurso de reposición y; ii) el haberle impuesto una sanción por una conducta que no está tipificada como falta disciplinaria en las normas que sirvieron de fundamento para imponer la sanción.

10. En conclusión, de acuerdo con las razones expuestas en la presente providencia, habrá de confirmarse parcialmente el fallo de primera sede, que amparó el derecho fundamental al debido proceso, pero revocando sus ordinales segundo y tercero, para en su lugar dejar sin efecto las mentadas resoluciones y las que tuvieron lugar con ocasión del referido fallo de primera instancia.

11. Lo anterior, sin perjuicio de que el INPEC pueda restringir el portar elementos que a su consideración constituyen un medio de comunicación, que pone en riesgo la seguridad de centro carcelario. Pero hasta tanto no esté considerado expresamente como falta disciplinaria, podrá adoptar otras medidas administrativas que considere pertinentes, no así, imponer sanción disciplinaria mientras no haya una ley o reglamento que así lo determine.

**VIII. Decisión**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero: CONFIRMAR** el **ORDINAL PRIMERO** del fallo proferido el 19 de junio de 2015, porJuzgado Tercero de Familia de esta localidad, dentro de la acción de tela incoada por JHON EDISON BAENA UGARTE, contra el CONSEJO DE DISCIPLINA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO DE PEREIRA y el INPEC REGIONAL VIEJO CALDAS, que amparó el derecho fundamental al debido proceso.

**Segundo:** **REVOCAR** los **ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO** de la citada providencia y en su lugar dejar sin efectos las Resoluciones 0944 del 21 de octubre de 2014, emitida por el Presidente del Consejo de Disciplina del EPMSC de Pereira y la 340 del 12 de marzo de 2015, expedida por la Directora Regional Viejo Caldas y las expedidas en el mismo asunto con posterioridad al fallo de tutela de primera instancia.

**Tercero:** Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

**Cuarto:** Remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese y notifíquese

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. 4 Sentencia SU-713 de 2006. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-041 de enero 28 de 2013. M.P. Dr. Mauricio González Cuervo. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia T-1034 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto [↑](#footnote-ref-3)