

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO DERIVADA DEL
INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES NACIONALES E INTERNACIONALES
ADQUIRIDAS MEDIANTE TRATADOS INTERNACIONALES QUE VERSAN SOBRE
DERECHOS HUMANOS POR LAS CONDICIONES DE INSALUBRIDAD,
HACINAMIENTO Y VULNERACIÓN DE DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS,
EN RELACIÓN CON LA DIGNIDAD HUMANA DE LA POBLACIÓN CARCELARIA.

Presentado por:

DANIEL LEÓN CALLE SIERRA C.C. 1.017.198.965
MANUELA CÁRDENAS RENGIFO C.C. 1.035.427.061
MÓNICA MARÍA LÓPEZ GIRALDO C.C. 1.041.230.862

Asesores:

CARLOS MARIO MOLINA BETANCUR
MÓNICA MARÍA BUSTAMANTE RÚA

UNIVERSIDAD DE MEDLLÍN
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
FACULTAD DE DERECHO
MONOGRAFÍA
COLOMBIA
2015

AGRADECIMIENTOS

A nuestros asesores la Dra. Mónica Bustamante y el Dr. Carlos Mario Molina, por su desinteresada colaboración y asistencia profesional, por su dedicación, sus apreciados y relevantes aportes; por el paciente seguimiento compartiendo su tiempo de manera generosa durante el desarrollo del presente trabajo.

A nuestros Padres por su esfuerzo, dedicación y entera confianza hacia nosotros, por su apoyo y orientación a lo largo de nuestra vida; por sus sabias palabras y su gran ejemplo de responsabilidad y entrega constante.

TABLA DE CONTENIDO

Título	5
Planteamiento del problema	5
Justificación.....	8
Objetivos	9
1. Objetivo genral	10
2. Objetivos específicos.....	10
Marco de la investigación	10
1. Marco conceptual	11
2. Marco teórico.....	15
3. Marco normativo	15
4. Marco espacial.....	17
5.. Marco temporal	18
Estado del arte	18
Resumen	21
Introducción	21
1. Los derechos de las personas privadas de la libertad.....	23
1.1 Desde los instrumentos internacionales	23
1.2 Desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional	35
1.3 Desde la normativa colombiana.....	40
1.3.1 Legislación en materia carcelaria.....	42
1.3.2 Legislación en materia de procedimiento penal.....	45

2. El hacinamiento, la insalubridad y los derechos sexuales en los centros de reclusión de Colombia.....	49
2.1 Informes de la Defensoría del Pueblo.....	49
2.2 Informes de la Personería de Medellín.....	53
2.3 Declaratoria del estado inconstitucional de cosas por la violación de los derechos de la población carcelaria. Análisis desde la jurisprudencia.....	55
2.4 Autos de seguimiento a la declaratoria.....	59
3. Los daños y perjuicios ocasionados por la insalubridad, el hacinamiento y el desconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la población carcelaria	60
3.1 Hacinamiento.....	65
3.2 Insalubridad.....	68
3.3 Desconocimiento de los derechos sexuales.....	73
4. Mecanismos administrativos y judiciales para la reclamación de los daños y perjuicios causados en la población carcelaria	78
Conclusiones	85
Recomendaciones.....	87
Bibliografía	88

TÍTULO

La responsabilidad del estado colombiano derivada del incumplimiento de obligaciones nacionales e internacionales adquiridas mediante tratados internacionales que versan sobre derechos humanos por las condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneración de derechos sexuales y reproductivos, en relación con la dignidad humana de la población carcelaria.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Esta investigación está orientada a establecer la posible responsabilidad del Estado colombiano emanada del incumplimiento de obligaciones nacionales e internacionales adquiridas mediante tratados internacionales sobre derechos humanos por condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneraciones de derechos sexuales y reproductivos en relación con la dignidad humana, de la población carcelaria, igualmente determinar cuál es el medio de control idóneo para acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa con el fin de ser reparados los perjuicios causados por dichos incumplimientos.

Es preocupante la omisión del Estado colombiano en el tratamiento y cuidado de las personas privadas legalmente de la libertad, quienes se encuentran bajo su custodia y dependen totalmente de él, evidenciándose, total indiferencia y olvido a la población carcelaria, que si bien han causado daño a la sociedad, la integran seres humanos, que ostentan derechos inherentes a su condición de tal y, que deben tener la oportunidad de que se les brinden las garantías constitucionales comprendidas en el título II capítulo I de nuestra Carta Magna, además los preceptos comprendidos dentro del Bloque de Constitucionalidad que versan sobre derechos humanos.

Para el desarrollo de esta investigación se ha prestado una especial atención a la situación de hacinamiento que hoy se vive en los centros penitenciarios y carcelarios del país, teniendo en cuenta que, existen unos principios básicos emanados de los diferentes instrumentos

internacionales, orientando el tratamiento que debe dar el Estado a los reclusos que se encuentran bajo su cuidado, pero encontramos que, la realidad es contraria a estos principios, tal y como se evidencia en el informe presentado por la Unidad Permanente de Derechos Humanos a través de Luz Marina Acevedo Jaramillo Abogada e investigadora de dicha entidad, se detalla que para el 31 de diciembre de 2013 la capacidad locativa de Bellavista es de 2.424, para una población de 6.896 internos, presentándose un porcentaje de hacinamiento equivalente a 184% (Personería de Medellín, 2013, Pág. 165).

Teniendo en cuenta que las condiciones generales de existencia de los reclusos dentro del establecimiento penitenciarios constituyen graves violaciones a los Derechos Humanos, por cuanto vulneran la dignidad humana, principio fundante que proclama la Constitución Colombiana de 1991 y constituye la base fundamental del Estado Social y Democrático de Derecho orientando la actuación de todas las entidades y funcionarios del Estado Colombiano, así mismo como lo establece el artículo 4 de la Ley 1079 de 2014 (Estatuto Penitenciario y Carcelario), que exige el respeto a la dignidad humana y los derechos humanos reconocidos a dicha población.

Es evidente que la situación de hacinamiento no es el único problema que padecen las personas privadas legalmente de la libertad, pues esto, conlleva a que las condiciones de salubridad y seguridad se vean disminuidas en un alto grado y atenten contra la vida digna de quienes habitan en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del país.

Por lo anterior, se evidencia un incumplimiento de las obligaciones del Estado, de las cuales se deriva un daño antijurídico que debe ser resarcido o reparado, según los parámetros dados por el artículo 90 Constitucional, que establece la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, configurándose así, los presupuestos necesarios para activar el aparato judicial a través del medio de control de reparación directa establecido en el artículo 140 de la Ley 1437 de 2011.

El derecho administrativo en Colombia ha reconocido tres sistemas de responsabilidad administrativa, siendo estos respectivamente, de carácter subjetivo la falla en el servicio y objetivo el riesgo excepcional y el daño especial, esta diferenciación tiene como fundamento, lo que debe probar la víctima del daño y como es definido cada sistema, veremos pues que, la falla en el servicio como título de imputación o atribución de responsabilidad genérico pone a la víctima en un papel más desgastante, puesto que la obliga a probar la actuación de la administración, considerándola ajustada a derecho o no; así mismo, desde su definición como un incumplimiento del contenido obligacional que le impone el ordenamiento jurídico, éste es el título de atribución que nos apañe desarrollar en esta investigación, toda vez que, se evaluará si las entidades encargadas de los establecimientos penitenciarios y carcelarios que tienen a su cargo las personas privadas legalmente de la libertad se ajustan a los lineamientos y principios dados por los tratados suscritos y adoptados por Colombia y los diferentes cuerpos normativos que hacen parte del ordenamiento jurídico y que regulan la materia.

Debido a las condiciones antes expuestas por las que deben pasar los reclusos, cabe cuestionar si verdaderamente en Colombia se está dando cumplimiento a las finalidades de la pena de prisión, como lo consagra el Código Penal colombiano en su artículo 4: “Funciones de la pena. La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado” (Ley 599 de 2000, art. 4).

Se hace necesario analizar la base que sustenta este discurso resocializador, con el objetivo de promover la discusión, pues, para el tema en cuestión es de vital importancia confrontar tal concepto con las condiciones generales de existencia a las que se ven sometidos las personas privadas de la libertad y todo esto en función del respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

Como se dijo, las personas privadas de la libertad actualmente en Colombia sufren de hacinamiento, situación que conlleva a otras problemáticas como la insalubridad e inseguridad, dichas condiciones no permiten que pueda hablarse de una resocialización, toda vez que, no

existe respeto a los derechos inherentes a su condición humana; y si sostenemos que Colombia es un Estado social y democrático de derecho, el fin general de la política criminal debería ser la protección y la defensa de los derechos fundamentales de las personas, y es así como el tratadista en derecho penal, Luis Fernando Velásquez señala que, “una verdadera política criminal no puede estar desligada de la política social del Estado” (Velásquez.1998. Págs.109-120).

En consecuencia, resaltamos la importancia de un cambio de dichas condiciones de existencia de los privados de la libertad que impiden un desarrollo completo y efectivo de la resocialización del recluso y su reinserción a la sociedad, pues el sistema penal Colombiano debe plantearse la resocialización como una obligación jurídica pero también humana, no como salida rápida a la legitimación del sistema si no como el aseguramiento del respeto a los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos y como claro ejemplo de ello vemos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza en su artículo. 10.1 que “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (Asamblea general de Naciones Unidas, 1966, artículo 10.1).

JUSTIFICACIÓN

Esta investigación surge de la observación a las vulneración de los derechos que sufren las personas que están privadas de la libertad, y a la indiferencia por parte de los agentes estatales en cuanto esas condiciones inhumanas a las que están sometidos a vivir en los centros de reclusión colombianos; nos surge el interrogante de quien es el responsable de garantizar condiciones mínimas de vida digna a esa población que esta privada legalmente de la libertad y que por lo tanto esta en imposibilidad de cambiar por sus propios medios sus condiciones de vida.

Los privados de la libertad son personas marginadas, destinatarios de rechazos, discriminaciones, odios, entre otros sentimientos negativos que hacen de ellos una población en

condiciones de vulnerabilidad, y los asociados colombianos olvidan que también son seres humanos titulares de derechos fundamentales y que merecen vivir en condiciones dignas.

Teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, esta investigación tiene como eje central el análisis de las vulneraciones de derechos humanos que se generan de las condiciones de insalubridad, hacinamiento y precarias condiciones para desarrollarse sexualmente y procrear, que como tal se suman a las condiciones de indignidad en que es tratada esta población en los centros de reclusión colombianos. Trasgrediendo así, el Estado colombiano, obligaciones adquiridas mediante tratados internacionales sobre Derechos Humanos, que buscan garantizar unas condiciones mínimas de existencia a todos los seres humanos independiente de los actos ilícitos o delitos que hayan cometido.

Para el desarrollo de nuestro objeto de estudio y la comprobación de nuestra hipótesis es necesario realizar un estudio jurídico al interior de la normatividad colombiana, de la jurisprudencia y de la doctrina, que permita determinar si dichas condiciones puede generar una responsabilidad del estado y buscarse su resarcimiento en instancias judiciales a través del medio de control de reparación directa.

Por consiguiente, es de vital importancia esclarecer la responsabilidad del Estado en cuanto a las vulneraciones de derechos humanos por las que pasan las personas privadas de la libertad, tanto para que se repare a los que han sufrido las transgresiones, como para que cesen las mismas y se mejoren las condiciones generales de existencia de la población reclusa en centros penitenciarios y carcelarios, pues, es necesario que se dé cumplimiento a las obligaciones adquiridas por el Estado, no solo para llevar a la realidad los lineamientos internacionales, sino también para garantizar los derechos fundamentales a los destinatarios.

OBJETIVOS

1. OBJETIVO GENERAL

Analizar las condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneración de derechos sexuales y reproductivos, en relación con la dignidad humana, en las que se encuentra la población carcelaria, a la luz de los lineamientos y principios que orientan el tratamiento que deben seguir el Estado colombiano, la entidad que dirige y administra los establecimientos penitenciarios y carcelarios en el país y los servidores públicos quienes deben velar por el cumplimiento de los mismos.

2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar cuáles son las normas vulneradas por las condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneraciones de derechos sexuales y reproductivos en relación con la dignidad humana, en las que se encuentran las personas privadas de la libertad en los establecimientos carcelarios.
- Estipular cuáles son los daños y perjuicios que se causan a la población carcelaria como consecuencia de las condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneraciones de derechos sexuales y reproductivos, en relación con la dignidad humana.
- Establecer cuál es el medio de control idóneo para que la población carcelaria reclusa en establecimientos carcelarios puedan acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el fin de que le sean resarcidos los perjuicios causados por las condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneración de derechos sexuales y reproductivos, en relación con la dignidad humana.

MARCO DE LA INVESTIGACIÓN

1. MARCO CONCEPTUAL

1.1 Derechos Humanos

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles (Alto Comisionado para los Derechos Humanos).

1.2 Dignidad Humana

Una síntesis de la configuración jurisprudencial del referente o del contenido de la expresión “dignidad humana” como entidad normativa, puede presentarse de dos maneras: a partir de su objeto concreto de protección y a partir de su funcionalidad normativa. Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo. (Corte Constitucional, T-881 de 2002).

1.3 Tratado Internacional

Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. (Convención de Viena sobre derecho de los tratados, 1969, art 2).

1.4 Condiciones De Hacinamiento

Las condiciones de hacinamiento impiden brindarle a todos los reclusos los medios diseñados para el proyecto de resocialización (estudio, trabajo, etc.). Dada la imprevisión y el desgüeño que ha reinado en materia de infraestructura carcelaria, la sobrepoblación ha conducido a que los reclusos ni siquiera puedan gozar de las más mínimas condiciones para llevar una vida digna en la prisión, tales como contar con un camarote, con agua suficiente, con servicios sanitarios, con asistencia en salud, con visitas familiares en condiciones decorosas, etc. De manera general se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del tratamiento penitenciario. (Corte Constitucional, T-153 de 1998).

Hacinamiento: sobrecupo de internos en un establecimiento de reclusión, con relación a la capacidad del establecimiento de reclusión. (Instituto Penitenciario y Carcelario, 2013).

1.5 Derecho a la Salud

El derecho a la salud significa que los gobiernos deben crear las condiciones que permitan a todas las personas vivir lo más saludablemente posible. Esas condiciones incluyen las disponibilidades garantizadas de servicios de salud, condiciones de trabajo saludables y seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El derecho a la salud no debe entenderse como el derecho a estar sano. (OMS, 2013).

1.6 Derechos Sexuales y Reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos son un componente fundamental de los Derechos Humanos. Son aquellos derechos humanos interpretados desde el punto de vista de la sexualidad y reproducción de hombres y mujeres, cuya garantía es requisito fundamental para el goce de una vida sexual plena y libre. (Londoño Vélez, 1999).

1.7 Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil se traduce en la obligación de reparar el daño, desde el punto de vista patrimonial, por su causante frente a la persona concretamente perjudicada y ya no frente a la sociedad representada por el Estado. (Rodríguez, 2011, Pág 503.)

1.8 Población Carcelaria

Número de internos sindicados y condenados detenidos en los centros de reclusión, incluyendo los internos que se encuentran en domiciliaria, vigilancia y control electrónico. (Instituto Penitenciario y Carcelario, 2013).

1.9 Daño Antijurídico

El daño antijurídico comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”; y, b) aquello

que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general. (Consejo de Estado. Sección Tercera. 24 de abril de 2013).

1.10 Medios de Control

El código, desde el artículo 135, encuentra bajo el nombre de medios de control todas las acciones que actualmente son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo la tutela, y alguna otra que quizá no tenga mucha relevancia. El nuevo código no crea ningún nuevo medio de control de los ya existentes, ni crea una nueva acción judicial bajo el nombre de medio de control. Lo que hace es compilar los mecanismos judiciales existentes diseñados para controlar en general, las actividades tanto jurídicas como materiales del Estado, actividades regidas fundamentalmente por el derecho administrativo. (Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011, Pág. 293).

1.11 Establecimiento Carcelario

Establecimiento de reclusión: denominación genérica para alojar a infractores de la Ley Penal. (Instituto Penitenciario y Carcelario, 2013).

Cárcel: en el uso común, hace referencia a la conjugación entre el espacio físico en el cual se encuentra la persona privada de la libertad y su entorno, donde se desarrolla un estilo de vida particular de supervivencia, adaptación, sometimiento, interacción cultural, social y educativa dentro del sistema. (Instituto Penitenciario y Carcelario, 2013).

1.12 Derecho Internacional

Comprende especialmente normas establecidas por vía consuetudinaria para regular las relaciones entre los Estados y que resultan de los actos cumplidos por los Estados, o más exactamente por los órganos estatales competentes para ello. Estas normas constituyen el derecho internacional general, dado que crean obligaciones, responsabilidades y derechos subjetivos para todos los Estados. una de las más importantes se expresa con la fórmula “pacta sunt servanda”, que autoriza a los Estados miembros de la comunidad internacional a celebrar tratados que regulen su conducta recíproca, es decir, la de sus órganos y súbditos. (Kelsen. 2010).

2. MARCO TEÓRICO

Esta investigación se encuentra dentro del derecho administrativo, pues únicamente el Estado es quien ostenta el poder punitivo, y una de las consecuencias del ejercicio de este poder punitivo es imponer a los ciudadanos que han incurrido en algún delito la pena de prisión, es por esto que el Estado adquiere la obligación de garantizar la satisfacción de las necesidades básicas y la protección de los reclusos que se encuentra bajo su vigilancia, y en el evento de que se incumplan dichas obligaciones adquiridas a través de normas nacionales e internacionales se configurará una responsabilidad extracontractual del Estado, conforme al artículo 90 de la Constitución Política de Colombia y a la jurisprudencia del Consejo de Estado. Sin dejarse de lado que dentro del desarrollo del trabajo se tocarán puntos específicos del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público.

3. MARCO NORMATIVO

Normativa Internacional

- Carta de las Naciones Unidas: Firmada en San Francisco- Usa (1945).
- Declaración Universal de los Derechos del Humanos: Firmada el 10 de Diciembre de 1948.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Adoptado Internacionalmente por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José “Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor: 18 de julio de 1978.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Aprobada por la Asamblea General De la OEA en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985.
- Entró en vigor: 28 febrero de 1987.
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos. Adoptados y proclamados por la asamblea general de las naciones unidas mediante Resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.
- “Los derechos humanos en la administración de justicia”, La Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 58/183, de 22 de diciembre de 2003.
- Resolución 65/229. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok); del 16 de marzo de 2011.
- Resolución 43/173. “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. 9 diciembre de 1988.
- Resolución 68/190. Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013.

Normativa Nacional

- Ley 13 de 1945.
- Ley 74 de 1968.
- Ley 16 de 1979.
- ley 70 de 1986.
- Constitución política de Colombia de 1991.
- Ley 65 de 1993 “Código Penitenciario y Carcelario”.

- Ley 409 de 1997.
- Ley 599 de 2000 “Código Penal”.
- Ley 906 de 2004 “Código de Procedimiento Penal”.
- Decreto 1141 de 2009; Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1709 de 2014. “Por la cual se modifican algunos artículos de la ley 65 de 1993”.

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional

- Sentencia T-596 de 1992.
- Sentencia T-273 de 1993.
- Sentencia T-420 de 1994.
- Sentencia T-153 de 1998.
- Sentencia T-296 de 1998.
- Sentencia T- 881 de 2002.
- Sentencia T-1030 de 2003.
- Sentencia T-851 de 2004.
- Sentencia T-1096 de 2004.
- Sentencia T- 793 de 2008.
- Sentencia T-861 de 2013.

Consejo de Estado

- Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 25000-23-26-000-2003-00200-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P Ricardo Hoyos Duque. Expediente No. 10397, sentencia del 7 de mayo de 1998.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, M.P Enrique Gil Botero. Expediente No. 16898. Sentencia del 31 de mayo de 2007.

4. MARCO ESPACIAL

La presente investigación se desarrollará dentro del territorio colombiano.

5. MARCO TEMPORAL

Este trabajo se desarrollará abarcando los períodos comprendidos desde 1991 hasta la fecha, con el fin de abarcar toda la normativa y jurisprudencia vigente desde la Constitución de 1991.

ESTADO DEL ARTE

Este estado del arte inicia desde el proyecto de reforma al Código Penitenciario y carcelario – Ley 65 de 1993-, propuesto por la rama ejecutiva, específicamente el Ministerio de Justicia y Derecho, que en atención a lo declarado mediante la sentencia T-153 de 1998 por la Corte Contitucional, como estado de cosas inconstitucionales, se propone hacer una reforma para el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas que se encuentran privadas de la libertad; ajustando la práctica carcelaria a lo establecido en el bloque de convencionalidad, integrado por la Carta de Naciones Unidas, emitida en 1945 y ratificada por Colombia mediante la Ley 13 de 1945, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada en 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968, la Convención Americana de Derechos Humanos, emitida en 1969 y ratificada mediante Ley 16 de 1979, la Convención contra la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, en firme desde 1984 y en aprobada por la Ley 70 de 1986, Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, vigente desde 1987 y ratificada por el Estado Colombiano a través de la Ley 409 de 1997, así mismo integran este bloque de convencionalidad diferentes resoluciones de los diferentes Comités de las Naciones Unidas referidos a las condiciones en que se debe tener a

las personas reclusas en los establecimientos carcelarios, tales como las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

En la legislación nacional encontramos el Código Penitenciario y Carcelario – Ley 65 de 1993- modificado por la Ley 1709 de 2014, el Código Penal –Ley 599 de 2000- y el Código de Procedimiento Penal –Ley 906 de 2004-.

En cuanto a la jurisprudencia nacional la Corte Constitucional desde 1991 ha tenido importantes pronunciamientos sobre las condiciones en las cuales se encuentran los reclusos en las cárceles Colombianas, incluso, como se mencionó anteriormente, declarando un estado de cosas inconstitucionales por las vulneraciones a los derechos fundamentales que a diario se viven en las cárceles de este país, como precedente más importantes y de los cuales parten los demás pronunciamientos están las sentencias T-596 de 1992, T- 522 de 1992, T- 273 de 1993, T- 420 de 1994, T – 714 de 1996, T – 153 de 1998 y T – 881 de 2002.

Por su parte el Consejo de Estado ha tenido pronunciamientos respecto a las condiciones de salud de los reclusos, en sentencias del 4 de noviembre de 1993, con Magistrado Ponente Julio César Uribe, del 24 de octubre de 1994 con Magistrado Ponente Carlos Betancur Jaramillo, del 7 de diciembre de 1994 de Magistrado Ponente Julio César Uribe Acosta, del 30 de marzo de 2000 con Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque, del 27 de marzo de 2003 de Magistrada Ponente María Elena Giraldo Gómez, del 27 de abril 2006 de Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enriquez, del 9 de junio de 2010 con Magistrado Ponente Enrique Gil Botero y del 11 de agosto de 2010 con Magistrado Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

La situación de vulneración de Derechos Humanos a las personas que se encuentran privadas de la libertad ha sido ya desde hace varios años objeto de pronunciamiento de los doctrinantes, algunos de ellos lo hacen desde el ámbito del Derecho Internacional, analizándose cuáles son los derechos fundamentales en la privación de la libertad y haciendo especial énfasis en la dignidad (Rivera et al, 1992), en este mismo sentido Naciones Unidas creó un manual en el cual recopila

diferentes instrumentos internacionales y de igual modo hace interpretación de los mismos (Naciones Unidas, 2004), al igual que los anteriores Andrés Pizarro Sotomayor y Fernando Mendez Powell en su manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos hace especial análisis sobre los derechos de las personas privadas de la libertad (Sotomayor & Mendez, 2006). Posteriormente se encuentra una publicación en la cual se estudia la situación de las cárceles en América Latina y el Caribe, analizando en algunos de sus capítulos puntos específicos sobre derechos como la salud (Carranza et al. 2009).

Cárceles en Nicaragua: Un diagnóstico para un debate sobre Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos es un texto que se orienta a realizar una investigación sobre la situación carcelaria en Nicaragua, contrastada con las exigencias internacionales, este país tiene grandes deficiencias al igual que Colombia en el tratamiento que da a los presos, incumpliendo las reglas mínimas dadas por Naciones Unidas, por lo tanto se ofrecen recomendaciones que el Estado Colombiano debería acatar si espera algún día ajustarse al principio de PACTA SUNT SERVA, en este mismo sentido en el libro titulado “Drama Humano en las cárceles” Jhon Jairo Orrego tiene la finalidad de realizar una descripción de la situación carcelaria en Colombia desde una visión sociológica, por esto trata todos los padecimientos de los presos, las familias, las diferencias entre cárceles de hombres y mujeres, la infraestructura carcelaria, el personal de guardia, las leyes existentes en el ordenamiento jurídico y los padecimientos que trascienden después de purgar la pena con el rechazo y estigma social, concluyendo que el statu quo de esta población es deprimente y que todos los presos vienen en situaciones contrarias a la dignidad humana que reconoce el texto constitucional como principio fundante (Orrego, 2001).

En el marco del III Simposio Internacional Penitenciario y de Derechos Humanos del 2010, se hace una recopilación de las ponencias en las cuales distintos expertos sobre el tema plasman diferentes apuntes importantes sobre el eje central de ésta investigación. Es preciso tener en cuenta también el análisis hecho por Juana Inés Acosta López y Álvaro Franco Amaya-Villarreal sobre la responsabilidad internacional frente al deber de custodia que ostentan los

centros estatales de detención, en la revista de estudios socio-jurídicos de la Universidad del Rosario. Por último es indispensable hacer referencia al texto llamado “Delito y tratamiento penitenciario en el contexto de los Derechos Humanos”, en el cual se realiza una reflexión sobre cómo debe ser el tratamiento penitenciario de los reclusos.

RESUMEN

El presente trabajo se orienta a demostrar el incumplimiento de las obligaciones nacionales y convencionales del Estado colombiano, por el tratamiento que le da a la población reclusa, que se encuentra en condiciones de existencia que carecen de dignidad y no se ajustan a las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos dadas en el Congreso de Naciones Unidas en 1955.

Así mismo desarrollamos las bases para que los reclusos que han padecido de estos tratos inhumanos y degradantes acudan ante la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de reparación directa, y que se declare que fue causado un daño antijurídico que no tienen el deber de soportar, y que este bien tutelado se encuentra consagrado en la legislación colombiana y diferentes instrumentos internacionales.

INTRODUCCIÓN

La siguiente investigación surge a partir de las condiciones en las que se encuentra la población carcelaria al interior de los centros de reclusión; puesto que como es bien sabido, no es una novedad que los centros carcelarios del país sean noticia debido a la precariedad en el proceso de resocialización.

Este trabajo ha sido realizado con la finalidad de determinar la existencia o no de la responsabilidad del Estado Colombiano derivada del incumplimiento de obligaciones nacionales e internacionales adquiridas mediante tratados internacionales que versan sobre derechos humanos por las condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneración de derechos sexuales y reproductivos, en relación con la dignidad humana de la población carcelaria.

El texto se fundamenta en la información obtenida, bibliografía que ha sido pieza fundamental para la construcción de este trabajo, sustraída de doctrinantes en la materia, normativa internacional como nacional, jurisprudencia e informes de entidades públicas; información plasmada en las siguientes páginas con la intención de crear una herramienta de apoyo y estudio en el tema de la responsabilidad estatal, la situación de los derechos humanos de la población carcelaria y las obligaciones internacionales contraídas por el estado colombiano acerca del régimen penitenciario y carcelario.

El trabajo se desarrolla en cuatro capítulos, todos ellos enfocados al desarrollo de los objetivos planteados, el primer capítulo dirigido a obtener un compendio de los derechos con que cuentan las personas privadas de la libertad, derechos que tienen su fuente básica en instrumentos internacionales, en la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional Colombiana y en la normativa interna del país. El estudio de los derechos de la población carcelaria constituye el pilar principal para poder determinar si existe responsabilidad por parte del Estado Colombiano.

Posteriormente se analiza de acuerdo a los informes sobre la situación de derechos humanos realizados por entidades gubernamentales, la condiciones de hacinamiento, insalubridad y los derechos sexuales en los centros de reclusión de Colombia, del mismo modo se analiza el pronunciamiento en el cual la Corte Constitucional Colombiana declara un Estado de Cosas inconstitucionales” referido al sistema carcelario.

Todo ello nos permite abordar los daños y perjuicios que se causan a partir de las tres principales situaciones constitutivas de vulneración de derechos humanos de los reclusos; por ultimo nos detenemos en el desarrollo de los mecanismos judiciales para la reclamación de estos daños o perjuicios al interior de la jurisdicción contencioso administrativa.

Lo anterior con el propósito de que no solo se evidencie la situación de los derechos de la mayoría de los hombres y mujeres que se encuentran en los centros de reclusión del país, sino además de generar una alternativa legal de protección efectiva de estos derechos, y en caso de que se generen daños o perjuicios un opción válida para el cabal resarcimiento de estas vulneraciones.

1. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD

1.1 DESDE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Para entrar a determinar la incidencia de los instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos de la población carcelaria, se hace menester hacer un recuento acerca de lo que conlleva la palabra derechos humanos; los derechos humanos hacen referencia primordialmente a:

Ciertos derechos y libertades fundamentales para la existencia humana. Son derechos intrínsecos de toda persona por el mero hecho de pertenecer al género humano y están fundados en el respeto a la dignidad y el valor de toda persona. No se trata de privilegios o prebendas concedidas por gracia de un dirigente o un gobierno. Tampoco pueden ser suspendidos por un poder arbitrario. No pueden ser denegados ni retirados por el hecho de que una persona haya cometido un delito o infringido una ley. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004. Pág. 14).

Con el pasar de años y de situaciones internacionales, a estos derechos se les otorgó una fuerza jurídica obligatoria, consagrándose no sólo en las cartas de cada país sino también en instrumentos de carácter internacional.

Los instrumentos internacionales forman parte integral del derecho internacional y en materia de derechos humanos, son imperativos para todos los estados y sus agentes, incluidos los agentes que tengan a cargo la población carcelaria. Pese a lo dicho anteriormente es de gran relevancia recordar que:

Las normas internacionales tienen diversos efectos jurídicos según su fuente. Así, los distintos niveles de obligación jurídica de los Estados dependen de si las normas internacionales emanan del derecho convencional o basado en tratados, del derecho internacional consuetudinario o de diversos conjuntos de principios, reglas mínimas y declaraciones. Varios órganos pertenecientes al sistema de las Naciones Unidas han promulgado normas y reglas internacionales relacionadas con los derechos humanos en la

administración de justicia. Los principales han sido la Comisión de Derechos Humanos, su Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y los Congresos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, que se celebran con carácter periódico. Todas esas normas han sido adoptadas en última instancia por la Asamblea General o el Consejo Económico y Social, dos de los principales Órganos de las Naciones Unidas. (Oficina Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004. Pág.17).

En los diferentes tratados internacionales se consagran derechos humanos, con los que cuenta la población carcelaria, algunos de ellos son:

- El derecho a la igual protección de la ley;
- El derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia;
- El domicilio o la correspondencia;
- La libertad de asociación, expresión, reunión y circulación;
- La libertad de opinión, conciencia y religión;
- El derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias;
- El derecho a alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la seguridad social;
- El derecho a la salud;
- El derecho a la educación.

Cabe recordar como se dijo anteriormente que pese a que los derechos humanos tienen una connotación de obligatoriedad, en algunos casos los instrumentos que los consagran no cuentan con vinculatoriedad frente a los Estados, pues al no ser ratificados sólo cuentan con una fuerza moral y en ese caso dependerá del reconocimiento y ratificación de varios Estados; puesto que en el momento en que pertenezcan a instrumentos de derecho internacional consuetudinario serán obligatorios.

Lo esencial de estos derechos es su relación directa con la vida y dignidad de las personas, en especial de aquellos que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad como es el caso de la población carcelaria, pues de manera independiente a que hayan cometido un delito, cuentan con

ellos y es obligación del Estado asegurar que a quienes tiene bajo su custodia o tutela se les respeten de manera efectiva y eficaz sus derechos.

El primer instrumento internacional en consagrar derechos humanos fue la Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, Estados Unidos y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año, a pesar de que en este instrumento no se refieren concretamente a los derechos de la población carcelaria, cabe resaltar que indistintamente estas personas privadas de la libertad gozan de los mismos derechos humanos que cualquier mujer o hombre en libertad.

Desde el preámbulo la carta destaca la igualdad y la obligación de los Estados que hacen parte de las Naciones Unidas en velar por los derechos de las personas, así:

Nosotros los pueblos de las naciones unidas resueltos [...] a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, A crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional [...] (Naciones Unidas, 1945, preámbulo)

Al ser la carta firmada por todos los Estados parte se convierte en una obligación jurídica asumirla y hacerla cumplir, y es así como el acatamiento efectivo de los derechos humanos obtiene una connotación jurídica, no sólo para los Estados sino además para todos sus agentes inclusive el personal penitenciario, puesto que no queda duda de la fuerza jurídica que tiene la carta, por tal motivo es importante traer a colación un fragmento de la Carta de Naciones Unidas: “Los propósitos de las Naciones Unidas son: [...] En el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión [...]” (Naciones Unidas, 1945, art.1 inciso 3).

Con posterioridad a la misma carta, surgió la Declaración Universal de los Derechos Humanos, firmada el 10 de diciembre de 1948 en Paris, Francia. Esta declaración es considerada

según la ONU como el fundamento de las normas internacionales en materia de derechos humanos; la importancia de este instrumento en la materia es grande, debido a que es de los primeros en considerar la jerarquía y relevancia de los derechos humanos, sobretodo de crear un régimen jurídico o de derecho, con el fin de que sea obligación de todos los Estados e individuos respetar y velar por el cumplimiento de los derechos humanos, tal y como está consagrado en su preámbulo:

[...] Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión [...] Proclama la presente DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción. (Asamblea General de Naciones Unidas, 1948, preámbulo).

De este instrumento se puede desprender que los derechos son garantías jurídicas universales que protegen a los individuos sin distinción alguna, velando siempre por la dignidad. Algunas de las principales características que se desprenden de la declaración es que los derechos humanos son garantizados y protegidos tanto internacional como nacionalmente, protegen a individuos y grupos sin importar la condición en la que se encuentren, no pueden ser suspendidos ni retirados, son interdependientes, universales y obligan a los Estados y a sus agentes.

Los derechos que guardan más relación con la vida, dignidad y trato de las personas recluidas en centros carcelarios consagrados en esta declaración son en síntesis:

- Artículo 1º hace referencia a los derechos de toda persona por la vida y la dignidad.
- Artículo 2º Se prohíbe según este artículo todo tipo de tratos crueles, degradantes o inhumanos.

- Artículo 7° Partir de este, todas las personas cuentan con una garantía de igualdad ante la ley.
- Artículo 9° Se prohíbe en todo caso y a todos los estados partes las detenciones arbitrarias.
- Artículo 11° Todo juez o autoridad debe presumir la inocencia hasta que no se demuestre lo contrario.
- Artículo 22° Se consagra el derecho a la seguridad social de todas y cada una de las personas.

Según la organización de Naciones Unidas, no todos los derechos consagrados en esta declaración guardan la misma fuerza vinculante o jurídica, debido a que los artículos 3, 5, 9, 10 y 11 de la Declaración Universal, referidos a la vida, libertad y seguridad de la persona, entre otros tienen una connotación de ser consuetudinarios (Oficina Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2004. Pág.19).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos unida a sus dos pactos creados en 1976 conforman según la doctrina, la Carta Internacional de derechos humanos, estos pactos son, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

El pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entro en vigor el 3 de enero de 1976, en cuanto a derechos humanos aplicables a la población carcelaria los de mayor relevancia son los consagrados en el artículo 11° y 12° que dicen respectivamente que:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas

apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas. 1966. Art. 11 y 12)

La gran relevancia jurídica que se le asignan a estos derechos es en gran medida debido a la realidad colombiana, puesto que son principalmente las condiciones de existencia las que innumerables veces le son violentadas a los reclusos, toda vez que tanto la vivienda como la alimentación que se les otorga a ellos hoy en día se presenta en condiciones deplorables, tanto así que la Corte Constitucional Colombiana ha declarado un estado inconstitucional de cosas refiriéndose a las condiciones de existencia que padecen la gran mayoría de la población carcelaria del país.

Se podría pues hablar de un incumplimiento reiterativo del Estado Colombiano a las obligaciones internacionales, debido a que el mismo pacto consagra que:

[...] Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...] (Asamblea General de las Naciones Unida. 1976. Art.2).

Otros derechos que son de valor en la materia consagrados en el Pacto antes mencionado son el derecho al trabajo, al goce de condiciones de trabajo razonable, a la seguridad social y el seguro social, a la protección de la familia y los niños, a la educación y a participar en la vida cultural.

El Pacto De Derechos Civiles y Políticos adoptado internacionalmente por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en Vigor el 23 de marzo de 1976. En Colombia se aprobó con la Ley 74 de 1968 y entro en vigor en Octubre de 1969, consagra dos derechos específicos que tienen las personas privadas de la libertad:

Artículo 9. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 10. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica. (Asamblea General de las Naciones Unidas. 1976. Art. 9 y 10).

Otro de los instrumentos internacionales que presta gran relevancia en la materia es la Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Pacto de San José” Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entró en vigor: 18 de julio de 1978. En Colombia se aprobó con la Ley 16 de 1979.

Colombia reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de junio de 1985 y lo hizo a través de un instrumento de aceptación; es decir que para la verificación del cumplimiento de los deberes y obligaciones contraídos en esta convención los competentes serán los órganos antes mencionados.

La Convención establece los deberes de los Estados y los derechos que deben ser protegidos por estos; Los deberes a que se encuentran obligados los Estados signatarios son fundamentalmente dos:

1) Respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna;

2) Adoptar las medidas legislativas o de otra índole de carácter interno que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Arts. 1 y 2).

Algunos derechos protegidos a través de la Convención que resultan de especial interés a la luz de esta investigación y que se relacionan con las características de la población carcelaria son los siguientes:

Derecho a la Vida (art. 4) 2) Derecho a la Integridad Personal (art.5) 3) Derecho a la Libertad (art. 6) 4) Derecho a la Seguridad Personal (art. 7) 5) Derecho a Ser Escuchado (art. 8) 6) Derecho a la Protección de la Honra y de la Dignidad (art. 11) 7) Derecho a la Protección de la Familia (art. 17) 8) Derecho de Igualdad ante la Ley (art. 24) 9) Derecho a la Protección Judicial (art. 25).

Especialmente la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 y aprobado en Colombia a partir de la ley 70 de 1986, cuenta con aspectos importantes para el tema de la población carcelaria, tales como:

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Se define la tortura como todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, salvo aquellos que sean inherentes o incidentales a sanciones legítimas [...] (Asamblea General de las Naciones Unidas. 1984. Art1).

En cuanto a la población carcelaria, particularmente la Convención consagra la obligación de los Estados por capacitar de manera adecuada a todo el personal que tenga a su cuidado dichas personas, sobre lo que constituye una tortura y las posibilidades de utilizar la fuerza únicamente en caso de que sea estrictamente necesario, según lo consagra en su artículo 10, así:

Artículo 10. Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier [...]

Artículo 11. Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura. (Asamblea General de las Naciones Unidas. 1984. Arts 10 y 11).

Con posterioridad a los instrumentos internacionales ya comentados y debido a que en la actualidad la población carcelaria es víctima de sistemáticas violaciones a sus derechos humanos en todo el mundo, la Organización de las Naciones Unidas creo tres instrumentos que pese a no tener vinculatoriedad por haber sido creadas por la Asamblea General con base en los artículos 10

a 14 de la Carta de las Naciones Unidas, si constituyen costumbre internacional y esta les da una connotación especial frente a los Estados que deberán velar por respetar sus preceptos y tenerlos en cuenta.

Estos tres instrumentos son:

- Resolución 43/173. “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”. 9 diciembre de 1988.
- “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”. Adoptados y proclamados por la asamblea general de las naciones unidas mediante Resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.
- Resolución 68/190. “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013.

La resolución 43/ 173 de 1988 contiene el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, un ejemplo de ellos es el primer principio consagra: “Principio 1º toda persona que esté detenida o que sea arrestada deberá ser tratada humanamente y con el respeto debido a su dignidad” (Asamblea General de Naciones Unidas. 1988. Principio1).

Eh allí donde el problema de la realidad carcelaria de Colombia se pone en evidencia pues si se observan las condiciones de los reclusos, la insalubridad, el hacinamiento y las demás circunstancias en las que viven; estas no cumplen ningún parámetro que pueda catalogarse de dignidad humana. Además del principio anterior, los principios más significativos para el tema concreto son en cuestión:

Principio 3. No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

Principio 7: 1. Los Estados deberán prohibir por ley todo acto contrario a los derechos y deberes que se enuncian en los presentes principios, someter todos esos actos a las sanciones procedentes y realizar investigaciones imparciales de las denuncias al respecto.

2. Los funcionarios que tengan razones para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de Principios comunicarán la cuestión a sus superiores y, cuando sea necesario, a las autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas.

3. Toda otra persona que tenga motivos para creer que se ha producido o está por producirse una violación del presente Conjunto de Principios tendrá derecho a comunicar el asunto a los superiores de los funcionarios involucrados, así como a otras autoridades u órganos competentes que tengan atribuciones fiscalizadoras o correctivas

Principio 24. Se ofrecerá a toda persona detenida o presa un examen médico apropiado con la menor dilación posible después de su ingreso en el lugar de detención o prisión y, posteriormente, esas personas recibirán atención y tratamiento médico cada vez que sea necesario. Esa atención y ese tratamiento serán gratuitos. (Naciones Unidas.1988. Principio. 3, 7,24).

Mientras que los principios básicos para el tratamiento de los reclusos fueron adoptados y proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 45/111, traen como novedad en cuanto al trato de la población reclusa, no sólo el derecho a la salud del cual gozan éstos por su condición de seres humanos y por encontrarse bajo tutela del Estado, es decir, en una especial condición de sujeción; sino también la cláusula de obediencia y respeto de los derechos consagrados en la carta de derechos humanos y en los pactos internacionales siempre que los estados sean parte de los mismos (Naciones Unidas.1990. Principio. 5,9).

Por último la resolución dictada por la Asamblea General de la ONU en 2013, por medio de la cual se dictaron las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos establece que es una responsabilidad de todos los Estados miembros mejorar no sólo la calidad de vida de la población

carcelaria, sino así mismo reiterar el compromiso por crear unos sistemas penitenciarios acordes a los principios y derechos contenidos en los instrumentos internacionales, al respecto dicta que:

Volviendo a poner de relieve que, en la Declaración de Salvador sobre Estrategias Amplias ante Problemas Globales: los Sistemas de Prevención del Delito y Justicia Penal y su Desarrollo en un Mundo en Evolución, los Estados Miembros reconocieron que un sistema de justicia penal eficaz, justo y humano se basaba en el compromiso de proteger los derechos humanos en la administración de justicia [...] (Naciones Unidas. 2013)

Debido a problemas como el hacinamiento que perturban la vida digna de los reclusos, se ve que algunas de estas reglas en Colombia no se cumplen y tal es el caso de la regla número ocho puesto que indica que “Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles [...]” (Naciones Unidas. 2013). Y la realidad de las cárceles colombianas está muy lejana a ello, pues los reclusos en algunos establecimientos carcelarios no son separados de acuerdo a estas categorías.

Otras de las reglas que se refieren a la condiciones de los reclusos en los centros carcelarios bajo estándares de dignidad y del valor inherente que estos tienen por el solo hecho de ser seres humanos son, la regla 9 que se refiere a las condiciones que deben tener las celdas o los locales destinados a los reclusos, la regla 22 que se refiere a los servicios médicos con que los centros de reclusión deben de disponer, entre otras.

Es de gran valor que en la citada resolución se haga referencia a la finalidad y justificación de la pena pues de esta se deriva que el trato de la población carcelaria debe ser adecuado y bajo parámetros dignos, lo que se quiere es resocializar al individuo y esto solo se logra con medios adecuados y en condiciones propicias, según la asamblea a general de la ONU:

El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no

solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

Para lograr este propósito, el régimen penitenciario debe emplear, tratando de aplicarlos conforme a las necesidades del tratamiento individual de los delincuentes, todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza, y todas las formas de asistencia de que puede disponer. (Naciones Unidas. 2013. regla 58,59)

Incluso según esta resolución todos los Estados cuyas normas internas no estén adecuadas a las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos deberán adoptarlas en su ordenamiento interno.

De manera específica la ONU ha hecho una discriminación positiva frente al tema de la población carcelaria femenina, al crear la resolución 65/229 “Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes” (Reglas de Bangkok) del 16 de marzo de 2011.

1.2 DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

En sus diferentes providencias la Corte Constitucional ha hecho alusión a los derechos de las personas que se encuentran privadas de la libertad, en especial a los derechos fundamentales, que cobijan a todos los seres humanos sin importar la situación jurídica en la que se encuentren, es así como se puede leer de las palabras de Alejandro Martínez Caballero (1992):

Los derechos consagrados en la nueva Constitución pertenecen a todas las personas sin discriminación alguna. Más aún, tratándose de derechos de las personas que se encuentran privadas de la libertad, el Estado debe ser más riguroso en su plena satisfacción, por tratarse de una situación en la que la persona tiene limitado su derecho a escoger y autodeterminarse, dentro del marco del desarrollo de su personalidad (Corte Constitucional. T-522 de 1992).

De lo anterior se deduce que es el Estado quien tiene el deber de garantizar a la población en comento los derechos consagrados constitucionalmente, pues se configura, en los términos de la H. Corte Constitucional, una “especial relación de sujeción” entre la persona privada de la libertad y quien ostenta la facultad de imponer el poder punitivo, es decir, quien tiene bajo su custodia las personas sobre las cuales recae una pena privativa de la libertad por haber cometido un delito o sobre las que recae una medida de aseguramiento de privación de la libertad por ser un presunto infractor de la Ley Penal; respecto a esta relación especial de sujeción *Ciro Angarita Barón* (1992) ha expresado lo siguiente:

Frente a la administración, el preso se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado, pero con derechos y deberes en cabeza de ambas partes. Los presos no tienen derechos de menor categoría; tienen derechos restringidos o limitados y cuando esto no sucede, es decir cuando la pena impuesta no se encuentra en contradicción con el ejercicio pleno de un derecho, este debe ser tan protegido y respetado como el de cualquier otra persona” (Corte Constitucional. T- 596 de 1992).

Debido a la existencia de la mentada relación especial de sujeción surgen unas obligaciones a cargo del Estado, por lo que “[...] el interno - queda sometido a un régimen jurídico especial, caracterizado por la particular intensidad con que la Administración puede regular y modular sus derechos y obligaciones. Sin embargo, las restricciones a los derechos no pueden ser arbitrarias [...]” (Corte Constitucional. T-705 de 1996); las obligaciones ya enunciadas ostentan la calidad de derechos en favor de los prisioneros, por lo que no es posible poner a estas personas a soportar una vida por debajo de las condiciones de existencia (Corte Constitucional. T-420 de 1994); por lo anterior y atendiendo a los avances sobre la especial relación de sujeción la Corte desarrolló las implicaciones de ésta en el siguiente sentido:

[...] las relaciones de especial sujeción implican (i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). (iii) Este régimen en cuanto al

ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley. (iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas) (Corte Constitucional. T-881 de 2002).

Así las cosas y mencionados ya algunos derechos en el anterior párrafo, se debe iniciar a hacer un recuento más explícito de los derechos que ha reconocido esta corporación en favor de los detenidos, cabe resaltar que los derechos a enunciar no son los únicos que se reconocen, sino a los que más reiteradamente se ha hecho alusión y que se relacionan con el objeto de ésta investigación; como primera medida se debe tener en cuenta la dignidad humana, pues como lo expresa *Ciro Angarita* (1992), todas las penas independientes del delito cometido deben tener en consideración la dignidad humana (Corte Constitucional. T- 596 de 1992); en el mismo sentido *Alejandro Martínez Caballero* ha señalado que “[...] La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que sí ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones [...]” (Corte Constitucional, T-522 de 1992). Análogamente consagra este Honorable Tribunal que la dignidad humana es un valor fundante del estado social de derecho y funge como soporte de los derechos constitucionales (Corte Constitucional, T-388 de 1993), por lo que “Una de las obligaciones que necesariamente debe asumir el Estado a fin de garantizar el derecho fundamental a la vida y a la integridad personal del recluso, es la de procurar al interno las condiciones mínimas de una existencia digna [...]” (Corte Constitucional. T-714 de 1996).

Con relación a dichas condiciones de existencia se ha dicho que “[...] se refieren básicamente, según la jurisprudencia constitucional, a alimentación, agua, vestuario, utensilios de higiene, celda, condiciones de higiene, salubridad, seguridad, servicios sanitarios, asistencia médica y descanso nocturno, entre otras [...]” (Corte Constitucional. T-690 de 2010).

Previo a realizar mención de los demás derechos reconocidos a los reclusos por la Corte Constitucional en su jurisprudencia y por constituir la dignidad humana un principio que permea todo el ordenamiento constitucional colombiano y que conlleva a que se garanticen unas condiciones mínimas de vida y subsistencia (Corte Constitucional, T-861 de 2013), se hace necesario plasmar los planteamientos que ha hecho el mismo cuerpo colegiado sobre el contenido de la dignidad humana, así:

[...] (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones). De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo (Corte Constitucional. T-881 de 2002).

Ha considerado la Corte Constitucional en su doctrina que los derechos de los reclusos no se reducen a los consagrados únicamente en la Constitución Política, sino que también deben tenerse en cuenta los consagrados en los diferentes instrumentos internacionales a los que se ha obligado el Estado colombiano, que hacen parte del bloque de constitucionalidad por versar sobre derechos humanos, tales como como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen que los reclusos tienen derecho a ser tratados en forma digna (Corte Constitucional. T-153 de 1998).

En concordancia con lo anterior diferentes sentencias se han referido a algunos derechos en específico de los cuales son titulares las personas privadas de la libertad, es preciso traer a colación los que más toman relevancia con la presente investigación, como por ejemplo:

[...] los internos tienen derechos fundamentales que no pueden ser limitados ni suspendidos por las autoridades administrativas, como el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la salud, al debido proceso, etc [...] (Corte Constitucional. T-714 de 1996).

Por esta misma vía se encamina el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz cuando manifiesta que:

[...] otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular [...] (Corte Constitucional. T-153 de 1998).

Posteriormente y luego de haberse realizado un análisis más detallado de los pronunciamientos jurisprudenciales, no solamente emitidos por los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también internacionales, se ha determinado que existen tres grupos en los cuales pueden clasificarse los derechos de los reclusos, así:

Esta Corporación ha determinado que los derechos fundamentales de los reclusos pueden clasificarse en tres grupos: (i) los derechos intocables, aquellos que son inherentes a la naturaleza humana y no pueden suspenderse ni limitarse por el hecho de que su titular se encuentre recluso. En este grupo se encuentran los derechos a la vida, la dignidad humana, la integridad personal, la igualdad, libertad religiosa, debido proceso y petición, (ii) los derechos suspendidos, son consecuencia lógica y directa de la pena impuesta, tales como: la libertad personal, la libre locomoción entre otros, (iii) los derechos restringidos, son el resultado de la relación de sujeción del interno para con el Estado, dentro de éstos encontramos los derechos al trabajo, a la educación, a la intimidad personal y familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión [...] (Corte Constitucional. T-213 de 2011).

Además, hace referencia la Corte Constitucional a criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que constituyen vulneraciones a los derechos humanos de los reclusos, de los cuales se deducen una gama de derechos, tales como la integridad personal, debida separación entre condenados y procesados, derecho al agua potable y al agua con fines de aseo personal, alimentación de buena calidad, derecho a que se les brinde la atención médica necesaria, educación, trabajo y recreación, derecho a recibir visitas, a contar con luz natural o artificial, ventilación y adecuadas condiciones de higiene (Corte Constitucional. T-861 de 2013).

De otro lado y para terminar es conveniente tener en cuenta que a pesar de la reclusión en un centro penitenciario, pueden hacerse efectivos, aunque de manera limitada derechos como la familia, a la intimidad, a la sexualidad; máxime que estos derechos van relacionados con la realización personal y el libre desarrollo de la personalidad, tal y como lo expresa el Fabio Morón Díaz “[...]La vida afectiva con el cónyuge o compañera permanente, dentro de la que se encuentran, lógicamente, las relaciones sexuales, es uno de los aspectos principales de ese ámbito o círculo de la intimidad.” (Corte Constitucional. T-424 de 1992). En lo que se refiere a éste derecho enunciado como visitas conyugales Carlos Gaviria Díaz ha manifestado que:

El derecho a las visitas conyugales de quienes se encuentran reclusos en establecimientos carcelarios, es un derecho fundamental limitado, y está limitado por las propias características que involucra el permitir las visitas conyugales [...] Los derechos a la intimidad personal y familiar, necesariamente se ven limitados por no residir la persona en el hogar, sino en la cárcel, donde la vida íntima familiar se ve reducida por el régimen legal de las visitas y los permisos [...] (Corte Constitucional. T-273 de 1993).

1.3. DESDE LA NORMATIVA COLOMBIANA

La primera legislación sobre el escenario carcelario tiene asidero en vigencia de la Constitución Política de 1991, importante reforma nacional, toda vez que se parte del principio de la dignidad humana para desarrollar todo el texto normativo, y se impuso la obligación al constituyente de impregnar cada disposición normativa de este principio, debido a que el

contexto mundial exigía una legislación construida en valores, que fueron positivizados con el fin de integrar los derechos fundamentales, según Tulio Chinchilla (2009),

[...] la dogmática constitucional utiliza la expresión derechos fundamentales para nombrar únicamente aquellos derechos humanos - y como tales derechos morales o derechos subjetivos de fuerte carga ética – que han alcanzado dos requisitos esenciales: a) el reconocimiento explícito o implícito en texto constitucionales vigentes, b) para su defensa han sido blindados con el máximo nivel garantías reforzadas, institucionales, sustantivas y judiciales que el derecho positivo puede hoy otorgar al texto constitucional con el fin de darles garantías reforzadas y hacerlos exigibles (Chinchilla, 2009.).

Todo lo anterior, con base en el desencanto que produjo el legalismo del siglo XIX, con sus principales representantes en Alemania con la escuela de la exegesis, que tomaba como principios fundantes básicos del ordenamiento jurídico, el legalismo y la seguridad jurídica, que se traduce en la confianza ciega del texto legal y su aplicación exegética o literal, frente a esto el Ministro de justicia y profesor universitario, Gustav Radbruch, quien padeció la Alemania Nazi, comenzó a teorizar sobre la injusticia que puede padecer una norma, y el interesante debate entre seguridad jurídica y la justicia del derecho, por lo que termina dando una célebre fórmula, a la que se atribuye el regreso del derecho natural,

[...]Arbitrariedad legal, derecho supra legal sobre que: siempre debe aplicarse el derecho positivo, pero cuando el derecho positivo es extremadamente injusto no se puede aplicar porque es un entuerto jurídico o un "falso derecho"(lex injusta non est lex), esta postura ha dado lugar a importantes debates dentro de la filosofía del derecho contemporánea para averiguar si esta "tercera vía" o posición conciliadora entre el positivismo y la idea de corrección o de justicia puede ser considera como ajena al iusnaturalismo [...] (Kaufmann, 1990, Pág.89)

Ahora bien, la postura de Radbruch fue tomada por Alexi en su texto, Una defensa de la fórmula de Radbruch,

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo 'Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica. [...] (Alexi, Robert, 1990, volumen 3, p. 89)

1.3.1 LEGISLACIÓN EN MATERIA CARCELARIA

En la legislación carcelaria encontramos la Ley 65 de 1993, que intenta ajustarse a los lineamientos de la nueva Constitución Nacional con el fin de darle un trato digno a las personas privadas de la libertad, reconociendo múltiples derechos como a la salud, a no estar en condiciones de hacinamiento, derechos sexuales, entre otro que no pueden ser sustraídos, pero si limitados, según pronunciamientos de la H. Corte Constitucional, por ir en contra de la vida digna de la persona, por esto los establecimientos penitenciarios y carcelarios no pueden excusarse en la falta de recursos, capacidad o garantías, para negar el ejercicio de estos derechos. Frente a esta situación, emitió un informe La Presidencia de la República, Programa Integral Contra Violencias de Género, en conjunto con la Universidad del Rosario, donde se extrae la siguiente información,

DERECHOS HUMANOS EN EL CONTEXTO CARCELARIO

Que no se pueden restringir

- Dignidad Humana
- Derecho de Petición
- Integridad física o personal

- Habeas data
- Libertad de conciencia
- Libertad de cultos
- A no ser sometidos a tratos degradantes o torturas
- Salud
- Vida

Que se pueden restringir

- Autodeterminación personal
- Intimidad familiar y personal
- Comunicación
- Educación
- Libre desarrollo de la personalidad
- Trabajo
- Reunión
- Visitas conyugales

Que se suspenden

- Libertad física
- Libre locomoción

- Políticos voto -sufragio, ejercicio de cargos públicos y a interponer el mecanismo de la acción de inconstitucionalidad (Universidad del Rosario, 2011, Pág. 172).

Pues bien, de forma ulterior a la ley 65 de 1993 se expide la ley 415 de 1997, por la cual se consagran normas de alternatividad en la legislación penal y penitenciaria y se dictan otras disposiciones tendientes a descongestionar los establecimientos carcelarios del país, aunque tiene pocas disposiciones normativas introduce importantes modificaciones, como son:

- La posibilidad de conceder el beneficio de libertad condicional cuando se hayan cometido ciertos delitos.
- Ejercer trabajo comunitario, por lo que los condenados a penas de prisión o arresto que no excedan de cuatro (4) años, podrán desarrollar trabajos comunitarios de mantenimiento, aseo, obras públicas, ornato o reforestación, en el perímetro urbano o rural de la ciudad o municipio sede del respectivo centro carcelario o penitenciario. El tiempo dedicado a tales actividades redimirá la pena, en esta norma se impone al Gobierno Nacional reglamentar la materia dentro de los tres (3) meses siguientes a la vigencia de la ley.
- Permiso de salida. El Director Regional del INPEC podrá conceder permisos de salida sin vigilancia durante quince (15) días continuos y sin que exceda de sesenta (60) días al año, al condenado que le sea negado el beneficio de libertad condicional, previo cumplimiento de requisitos.
 - Con el fin de afianzar la unidad familiar y procurar la readaptación social, el Director Regional del INPEC podrá conceder permisos de salida por los fines de semana, incluyendo lunes festivos, al condenado que le fuere negado el beneficio de la libertad condicional y haya cumplido las cuatro quintas (4/5) partes de la condena, siempre que se reúnan los requisitos señalados en el artículo anterior (Ley 415 de 1997).

Ahora bien, en el año 2002 el legislador de turno emite la ley 750, por la cual se expiden normas sobre el apoyo de manera especial a las madres cabeza de familia, en materia de prisión

domiciliaria y trabajo comunitario, estableciendo beneficios y sustituciones de la pena privativa de la libertad previo cumplimiento de los requisitos prescritos en la ley, protegiendo la unidad familiar, la seguridad y el interés prevalente del menor.

Finalmente en materia carcelaria se expide la ley 1709 de 2014, por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley, 65 de 1993, 599 de 2000, y 55 de 1985, la nueva norma introduce cambios en la principalística del tratamiento carcelario, como la legalidad, el enfoque diferencial, respeto a la dignidad humana, Intervención mínima, principios que buscan ajustarse al mandato constitucional de protección a los derecho fundamentales, e impone al Gobierno Nacional la obligación de ejercer acciones positivas a favor de la población carcelaria.

1.3.2 LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO PENAL

La legislación en materia de procedimiento penal contiene disposiciones relativas a la protección y garantías a los indiciados, imputados y acusados dentro del proceso judicial, que se tramita en su contra, y las reglas que deben observar los jueces, fiscales y agentes del ministerio público, según lo contemplado en la Ley 906 de 2004, en los artículos,

Artículo 297. Para la captura se requerirá orden escrita proferida por un juez de control de garantías con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

El fiscal que dirija la investigación solicitará la orden al juez correspondiente, acompañado de la policía judicial que presentará los elementos materiales probatorios, evidencia física o la información pertinente, en la cual se fundamentará la medida. El juez de control de garantías podrá interrogar directamente a los testigos, peritos y funcionarios de la policía judicial y, luego de escuchar los argumentos del fiscal, decidirá de plano.

Capturada la persona será puesta a disposición de un juez de control de garantías en el plazo máximo de treinta y seis (36) horas para que efectúe la audiencia de control de

legalidad, ordene la cancelación de la orden de captura y disponga lo pertinente con relación al aprehendido.

Parágrafo. Salvo los casos de captura en flagrancia, o de la captura excepcional dispuesta por la Fiscalía General de la Nación, con arreglo a lo establecido en este código, el indiciado, imputado o acusado no podrá ser privado de su libertad ni restringido en ella, sin previa orden emanada del juez de control de garantías.

[...]

Artículo 303. Al capturado se le informará de manera inmediata lo siguiente:

1. Del hecho que se le atribuye y motivó su captura y el funcionario que la ordenó.
2. Del derecho a indicar la persona a quien se deba comunicar su aprehensión. El funcionario responsable del capturado inmediatamente procederá a comunicar sobre la retención a la persona que este indique.
3. Del derecho que tiene a guardar silencio, que las manifestaciones que haga podrán ser usadas en su contra y que no está obligado a declarar en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad.
4. Del derecho que tiene a designar y a entrevistarse con un abogado de confianza en el menor tiempo posible. De no poder hacerlo, el sistema nacional de defensoría pública proveerá su defensa.

[...]

Artículo 304. Cuando el capturado deba ser recluido el funcionario judicial a cuyas órdenes se encuentre lo remitirá inmediatamente a la autoridad del establecimiento de

reclusión pertinente, para que se le mantenga privado de la libertad. La remisión expresará el motivo y la fecha de la captura.

En caso de que el capturado haya sido conducido a un establecimiento carcelario sin la orden correspondiente, el director la solicitará al funcionario que ordenó su captura. Si transcurridas treinta y seis (36) horas desde el ingreso del aprehendido no se ha satisfecho este requisito, será puesto inmediatamente en libertad.

[...]

Artículo 305. Registro de personas capturadas y detenidas. Los organismos con atribuciones de policía judicial, llevarán un registro actualizado de las capturas de todo tipo que realicen, con los siguientes datos: identificación del capturado, lugar, fecha y hora en la que se llevó a cabo su captura, razones que la motivaron, funcionario que realizó o formalizó la captura y la autoridad ante la cual fue puesto a disposición.

Para tal efecto, cada entidad deberá remitir el registro previsto en el inciso anterior a la Fiscalía General de la Nación, para que la dependencia a su cargo consolide y actualice dicho registro con la información sobre las capturas realizadas por cada organismo (Ley 906 de 2004).

En igual sentido, los instrumentos internacionales han consagrado garantías mínimas para el tratamiento de las personas que son privadas de la libertad; La importancia de estas acciones positivas que se exigen de la rama ejecutiva deviene de la naturaleza del derecho que se restringe, esto es, el derecho a la libertad que se clasifica como derecho fundamental que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en sentencia T- 227 de 2003, apareció casi como una obiter dictum de la misma y luego fue adquiriendo carácter de definición oficial de nuestra jurisprudencia al ser invocada reiteradamente como premisa conceptual recurrente de innumerables sentencias de la Corte Constitucional, preceptuando que, “[...] será fundamental

todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo” (Chinchilla, 2009. Pág. 167.)

En igual sentido se han preocupado organismos internacionales por proteger este derecho inescindible de la dignidad humana de la persona que es privada de la libertad, como la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, en el artículo 7, establece que,

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad

de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios (Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.)

Es así como se comprueba nuestro punto de investigación, el Estado colombiano incumple un gran catálogo de obligaciones nacionales e internacionales, descritas en la normativa citada, que prescribe las condiciones mínimas para el tratamiento de las personas privadas de la libertad, y otorga un trato inhumano y degradante, existiendo un promedio de hacinamiento carcelario del 300% de exceso en la capacidad de albergue según estadísticas oficiales. Por lo tanto el Estado colombiano debe responder por todas las vulneraciones a los derechos de la población carcelaria por el sometimiento a condiciones de insalubridad, hacinamiento y vulneración de derechos sexuales y reproductivos.

2. EL HACINAMIENTO, LA INSALUBRIDAD Y LOS DERECHOS SEXUALES EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DE COLOMBIA

2.1 INFORMES DEFENSORÍA DEL PUEBLO Y PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

La Defensoría del Pueblo tiene dentro de los deberes que le asigna la Constitución Nacional la obligación de presentar un informe anualmente al Congreso de la República sobre sus labores realizadas, en los cuales se hace y se ha hecho un análisis de la situación por la que han atravesado y atraviesan los centros de reclusión en Colombia, con la finalidad de ilustrar la situación de vulneración de los derechos en estos espacios, se hace necesario traer algunos de ellos a colación.

Según el informe del año 1995 de la Procuraduría General de la Nación las cárceles superan en un 200% y hasta en un 300% su capacidad de albergue, además de no contar con buenas

condiciones higiénico-sanitarias, médico-hospitalarias, alimentarias y con condiciones muy limitadas de trabajo, estudio y recreación (Procuraduría General de la Nación. 1995. pág. 109); del mismo modo se plasmó sobre la situación de hacinamiento que:

[...] constituye una clara violación a los derechos humanos de los detenidos, ya que el hecho de albergar cuatro y hasta cinco personas en un espacio diseñado para una sola [...] genera la propagación de plagas y enfermedades por las inadecuadas condiciones higiénico-sanitarias [...] A lo anterior se agregan las faltas contra el pudor sexual y las violaciones a la intimidad en las visitas conyugales (Procuraduría General de la Nación. 1995. Pág.113).

En cuanto a lo que el derecho a la salud concierne, arroja el informe que en cuanto a la atención médica-hospitalaria existen grandes deficiencias, por cuanto pocos centros penitenciarios cuentan con una adecuada sección de sanidad, incluso algunos ni siquiera tienen acceso a servicios de enfermería. Existe además una falta de asistencia médica permanente, falta de suministro de drogas y demora en permisos para reclusos que deben ser atendidos por fuera del centro carcelario (Procuraduría General de la Nación. 1995. pág.114-115).

En su gran mayoría las cárceles presentan deficiencias en el suministro de agua potable, evacuación de aguas residuales, almacenamiento de agua, a tal punto que atentan contra la integridad de las personas, a lo cual se suma un deterioro en la planta física, agrega la Procuraduría en su informe (Procuraduría General de la Nación. 1995. pág.116-117).

Por otra parte, en el Octavo informe de la Defensoría del Pueblo se plasma un cuadro en el cual se evidencian las cifras de hacinamiento desde 1990 hasta el 2000, de lo que puede deducirse que en los últimos años ha crecido la población carcelaria y por tanto se ha aumentado el hacinamiento (Defensoría del Pueblo. 2000. pág. 175).

Dentro del Noveno informe se establece que hay una seria responsabilidad del Estado Colombiano por la permanencia del estado de cosas inconstitucionales en los establecimientos

carcelarios colombianos, configurándose graves violaciones a los derechos humanos (Defensoría del Pueblo. 2001. pág. 198-5).

Según los datos que arroja el Décimo informe, las condiciones en las que son retenidas las personas en las estaciones de policía constituyen una vulneración a los derechos humanos, causados por el hacinamiento, infraestructura inadecuada, deplorables condiciones de habitabilidad, deficiencias en la alimentación y en la atención médica; en el marco del mismo informe se calculó que el grado de hacinamiento en estaciones de policía se encuentra más o menos al 100% (Defensoría del Pueblo. 2002. págs. 131 – 132).

El hacinamiento carcelario es la constante que preocupa a la Defensoría del Pueblo, no obstante haberse declarado como estado de cosas inconstitucionales por la Corte Constitucional, se suma a esta situación las deficiencias en salud y salubridad, desigualdad y discriminación en las mujeres privadas de la libertad (Defensoría del Pueblo. 2004. pág. 125-126). Específicamente sobre el servicio de salud, se plasmó en el informe que:

La ausencia de médicos, odontólogos y especialistas, la carencia de enfermeros, la falta de laboratorios, las malas condiciones físicas de las áreas de sanidad, las demoras en las remisiones, la mala dotación de las farmacias, la falta de acciones preventivas y de rehabilitación en el campo de la salud sexual y reproductiva y el pésimo estado de las redes de alcantarillado, son los hechos críticos que siguen caracterizando la problemática del servicio de salud en los establecimientos de reclusión del país, lo cual atenta contra la vida e integridad de las personas privadas de la libertad [...] (Defensoría del Pueblo. 2004. págs. 126-127).

Pasando al Decimoséptimo informe de la Defensoría del Pueblo, como en los anteriores, se anota que uno de los mayores factores para que se dé la vulneración a los derechos fundamentales de los reclusos es el hacinamiento; así mismo se presentan unas situaciones como “deficiencias de alimentación y suministro de agua potable [...]” (Defensoría del Pueblo. 2009. pág. 150).

De manera reiterada en el Decimonoveno informe de la Defensoría del Pueblo se vuelve a tocar el tema de la sobrepoblación carcelaria, por lo cual procedieron a hacer un análisis detallado de los centros de reclusión colombianos, así:

El sistema penitenciario y carcelario colombiano en la actualidad¹²⁹ está integrado por 144 establecimientos de reclusión, los cuales tienen una capacidad para 75.609 personas.

Hay 99.979 personas reclusas, lo que significa que el déficit de cupos existente es de 24.370, lo cual equivale al 32,2% de hacinamiento, según la estadística suministrada por el Inpec.

La situación jurídica de la población reclusa del país es la siguiente: Están sindicados 27.854 y condenados 72.125. Su distribución por sexo: 92.519 son hombres y 7.460 son mujeres [...]

En las anteriores ilustraciones se advierte que la población carcelaria durante los últimos 12 años se incrementó en 54.915 personas, mientras que en el mismo lapso los cupos aumentaron sólo en 42.009. Como se sabe, el hacinamiento es una de las causas que, de manera constante, pone en grave riesgo el respeto efectivo de la dignidad humana y de los derechos humanos de las personas reclusas y este respeto y garantía es responsabilidad de las autoridades penitenciarias (Defensoría del Pueblo. 2011. págs. 153 -154).

Además de lo anteriormente expuesto se consagra en dicho informe que existen otras irregularidades que aquejan las cárceles colombianas, tales como que no existe infraestructura para consultorios médicos, ni sitios de hospitalización, las celdas para dormir no son unipersonales, el sitio para la recepción de visitas es muy reducido y los sanitarios no brindan privacidad para hacer necesidades fisiológicas (Defensoría del Pueblo. 2011. Págs. 157 y 158).

En el mismo sentido en que se había señalado anteriormente el último informe emitido por la Defensoría del Pueblo se vuelve a señalar que las condiciones en las que se encuentran las cárceles presentan [...] hacinamiento, deficiencias en la prestación de los servicios de salud, de alimentación y de suministro de agua potable, dilaciones injustificadas en el otorgamiento de beneficios administrativos, traslados arbitrarios, entre otros” (Defensoría del Pueblo. 2013. Pág.

162). En el acápite de seguimientos a las acciones de tutelas, manifiesta la Defensoría que en aras de supervisar el cumplimiento de la sentencia T-266 de 2013 se realizó una visita al establecimiento penitenciario Las Heliconias de Florencia, en la cual los internos manifestaron que el servicio de salud es muy malo, la alimentación no cumple con los mínimos establecidos en el gramaje, ni en el menú, los lugares para recibir las visitas íntimas no cuentan con privacidad, las condiciones de higiene en dichos lugares son mínimas, poniendo en riesgo la salud; por último manifiestan que el suministro de implementos de aseo se hace cada 6 meses y los de aseo para áreas comunes y para baños no son los adecuados; por el contrario las autoridades de la cárcel manifiestan que tienen un médico de lunes a viernes en las horas de la tarde, odontólogo, enfermera y auxiliares de enfermería, que las deficiencias en la alimentación se corrigieron, que con respecto a las visitas las celdas son individuales y alejadas del patio y se han suministrado los elementos de aseo (Defensoría del Pueblo. 2013. págs. 171 a 173).

2.2 INFORMES PERSONERÍA DE MEDELLÍN

Dentro de los informes sobre derechos humanos que realiza la Personería de Medellín periódicamente se hace mención a la situación en la que se encuentran las personas privadas de la libertad, razón por la cual en el marco de ésta investigación es necesario tenerlos en cuenta con la finalidad de ilustrar la situación de vulneración a derechos humanos que se vivencia en los centros de reclusión.

En el informe del año 2009 deja notar la situación en la que se encuentra el derecho a la salud, así:

Hemos encontrado que la población carcelaria en su mayoría no es atendida por Caprecom, ni en la Reclusión de Mujeres, ni en el Establecimiento Bellavista. Además los internos/as que se encuentran afiliados/as al Sisben y que eran atendidos por Comfenalco, adheridos a Caprecom, tampoco reciben el servicio, situación que ha obstaculizado aún más la atención de los/as internos/as. Cerca del 90% de todos los procedimientos, exámenes de laboratorio,

especialidades, cirugías y tratamientos, se encuentran en lista de espera pendiente de ser autorizados (Personería de Medellín. 2009. pág 25).

En el mismo informe se estableció que en el centro de reclusión Bellavista la alimentación no es suficiente, ni nutritiva y no es servida en condiciones higiénicas; se muestra también como ha aumentado la población carcelaria, en un solo establecimiento aumentó para ese años en 1.058 internos (Personería de Medellín. 2009. pág. 26).

El informe del año 2010 reitera que existe represamiento en los tratamientos médicos, además el suministro de medicamentos es deficiente y persiste el hacinamiento (Personería de Medellín. 2010. Pág. 26).

Por su parte en el informe del año 2012 se muestran las condiciones preocupantes de hacinamiento, que según la personería de Medellín atentan contra la dignidad humana de los reclusos e incluso pueden constituir tratos crueles, inhumanos y degradantes, para demostrar lo anterior se hizo una comparación de la situación de sobrepoblación carcelaria con la del año 2007, pues el crecimiento es desbordante, se demostró que para el año 2007 en Bellavista el hacinamiento correspondía al 81% y en el 2012 a un 207%, lo que conlleva a que los presos vivan en precarias condiciones, quienes tienen que pasar la noche en baños, hamacas, lavamanos y pasillos; en cuanto a las condiciones de salud se persiste con el represamiento en los tratamientos y procedimientos médicos y la demora en el suministro de medicamentos, aunado a lo anterior no se cuenta con una red amplia de atención en salud para prestar el servicio no POS, el servicio de alimentación en Bellavista continúan las condiciones de insalubridad, contaminación, ni iluminación, además de la alimentación no ser suficiente, ni nutritiva (Personería de Medellín. 2012. Págs. 94 a 98).

Como primera medida del informe del año 2013 se evidenció que el hacinamiento en la cárcel Bellavista corresponde a 184%, porcentaje alto, pero que ha disminuido en relación a los años anteriores (Personería de Medellín. 2013. Pág. 96).

Los anteriores informes demuestran que la cárcel Bellavista es en la cual más vulneraciones a los derechos se pueden encontrar, pues el hacinamiento exagerado hace que se vean afectados gran cantidad de derechos; no puede dejarse de lado los problemas con respecto a la seguridad social en salud, pues a pesar de estar afiliados a una E.P.S los retardos en los tratamientos y medicamentos son una constante que realmente puede generar consecuencias fatales.

2.3 DECLARACIÓN DEL ESTADO INCONSTITUCIONAL DE COSAS POR LA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA POBLACION CARCELARIA. ANALISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante la sentencia T- 153 de 1998 la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en las prisiones por el hacinamiento al cual están sometidos los reclusos en las cárceles Bellavista de Medellín y Modelo de Bogotá, en dicha providencia la Corte describe las condiciones en las cuales se encontraban las personas reclusas en ambas penitenciarias y en atención a tales condiciones concluye que:

[...] las condiciones de reclusión en las dos cárceles citadas son absolutamente inhumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición personal. Las condiciones de albergue de los internos son motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados (Corte Constitucional. T-153 de 1998).

Exalta que la situación de hacinamiento no es únicamente en los centros de reclusión antes mencionados, sino en términos generales en todo el país, pues de un informe presentado por el Instituto Penitenciario y Carcelario –INPEC-, se evidenció que para el año 1997 la población carcelaria era 42.454 personas y el total de cupos en las cárceles era 29.217, lo cual arrojó que la sobrepoblación carcelaria equivalía a 13.237 personas, es decir, el hacinamiento ascendía un 45.3% en todo el país (Corte Constitucional. T-153 de 1998).

De otro lado, manifestó el Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz en la sentencia que el tema del hacinamiento carcelario no constituye una novedad, pues según estudios realizados por el INPEC dicha problemática data desde el año 1948 aproximadamente, habiendo periodos en los cuales se agravó la situación y otros de estabilidad en el número de reclusos; a partir de 1996 se desata nuevamente una crisis de sobrepoblación carcelaria, que según se analiza en la providencia puede tener varias causas, tales como las distintas normas que sancionan con mayor rigidez las conductas delictivas, sin que se hubiese aumentado la capacidad de albergue de los centros de reclusión, otra de las causas del hacinamiento puede atribuirse también al incremento de personas privadas de la libertad por medida de aseguramiento de tensión preventiva, situación que se agrava por el incumplimiento de los términos por parte de las autoridades judiciales, otra causa se atribuye a que la infraestructura carcelaria no responde a las necesidades de la población, además de encontrarse en estado de deterioro, carentes de luz, de servicios sanitarios y de aireación (Corte Constitucional. T-153 de 1998).

En cuanto a las consecuencias que se ocasionan a causa del hacinamiento la Corte al declarar el estado de cosas inconstitucionales hace alusión a varias de ellas, que impiden cumplir con el objetivo de la pena de prisión que es la resocialización, pues con tal sobrepoblación no se puede gozar siquiera de mínimas condiciones de vida dentro de la prisión, debido a que no se cuenta con camas para todos los reclusos, agua suficiente, servicios sanitarios, buena atención en salud, visitas en forma decorosa, lo que constituye una transgresión al derecho a vivir en condiciones dignas, además la sobrepoblación hace difícil la seguridad y la utilización de espacios libres; tiene especial relevancia para la Corte que debido a la congestión en los centros carcelarios no pueda realizarse la separación de condenados y procesados, miembros de la fuerza pública, reincidentes, funcionarios públicos e indígenas, incumpléndose así lo dispuesto en la Ley 65 de 1993 (Corte Constitucional. T- 153 de 1998).

Es de resaltar que la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha reiterado que:

[...] si bien algunos derechos fundamentales de los reclusos son suspendidos o restringidos desde el momento en que éstos son sometidos a la detención preventiva o son condenados

mediante sentencia, muchos otros derechos se conservan intactos y deben ser respetados íntegramente por las autoridades públicas que se encuentran a cargo de los presos. Así, por ejemplo, evidentemente los derechos a la libertad física y a la libre locomoción se encuentran suspendidos y, como consecuencia de la pena de prisión, también los derechos políticos. Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad. Con todo, otro grupo de derechos, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la libertad religiosa, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la salud y al debido proceso, y el derecho de petición, mantienen su incolumidad a pesar del encierro a que es sometido su titular [...] (Corte Constitucional. T-153 de 1998)

En atención a los derechos antes mencionados y a que se ha expresado también de manera reiterada por el mismo cuerpo colegiado que existe una especial relación de sujeción entre los reclusos y el Estado, relación que puede acarrear para el recluso suspensión y restricción de ciertos derechos, de igual manera se le imponen al Estado deberes especiales para con los reclusos, que implican no solamente la no interferencia del Estado en el desarrollo de los derechos, sino también que el Estado debe garantizar al interno el pleno goce de otros derechos (Corte Constitucional. T- 153 de 1998).

Ha sostenido la doctrina de la Corte que los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos suscritos por Colombia hacen parte del bloque de constitucionalidad y constituyen parámetro para examinar la constitucionalidad de las leyes, dicha normativa internacional establece derechos en favor de los reclusos tales como ser tratados de manera digna, no ser sometidos a torturas, penas crueles, inhumanas o degradantes, la presunción de inocencia, que la prisión preventiva constituye la última ratio y no mezclar sindicados y condenados. Además de los tratados antes mencionados la Corte relaciona otros instrumentos internacionales que brindan pautas para el tratamiento de los reclusos a través de resoluciones de la ONU (Corte Constitucional. T-153 de 1998).

Posteriormente y en la misma providencia se resalta la constante vulneración a los derechos de los penados, además de la dificultad para ser oídos, por ser una población marginada, razón por la cual el Juez Constitucional busca tomar la vocería de esta minoría y “[...] hacer un llamado de atención sobre el estado de cosas inconstitucional que se presenta en el sistema penitenciario colombiano[...]” (Corte Constitucional. T- 153 de 1998), con la declaratoria de estado de cosas inconstitucional se busca remediar la situación de vulneración a los derechos fundamentales que afectan a una gran cantidad de personas y que remediar dicha situación requiere una actuación de diferentes entidades (Corte Constitucional. T- 153 de 1998).

Hace referencia la Corte a la expresión usada por la Defensoría del Pueblo cuando dice que “las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas”, pues existe una flagrante vulneración a los derechos fundamentales, para lo cual describe la Corte que:

[...] tanto el derecho a la dignidad como el de no recibir tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes se ven quebrantados por el hacinamiento y las malas condiciones de la estructura física y de servicios públicos que se encuentra en los centros de reclusión ; los derechos a la vida y la integridad física son vulnerados o amenazados de manera inminente por el mismo hacinamiento, por la mixtura de todas las categorías de reclusos y por la carencia de los efectivos de guardia requeridos ; el derecho a la familia es quebrantado por la sobrepoblación carcelaria y las deficiencias administrativas, condiciones éstas que implican que los visitantes de los reclusos han de soportar prolongadas esperas, bajo las inclemencias del clima, para poder ingresar al centro, y que dificultan en grado extremo las visitas conyugales y familiares; el derecho a la salud se conculca dadas las carencias infraestructurales de las áreas sanitarias, la congestión carcelaria, la deficiencia de los servicios de agua y alcantarillado y la escasez de guardia para cumplir con las remisiones a los centros hospitalarios ; los derechos al trabajo y a la educación son violados, como quiera que un altísimo porcentaje de los reclusos no obtiene oportunidades de trabajo o de educación y que el acceso a éstos derechos está condicionado por la extorsión y la corrupción ; el derecho a la presunción de inocencia se quebranta en la medida en que se mezcla a los sindicados con los condenados y en que no se establecen condiciones especiales, más benévolas, para la reclusión de los primeros, etc (Corte Constitucional. T- 153 de 1998).

Concluyó la Corte que se hace necesario hacer un llamado a las autoridades del Gobierno Nacional, al INPEC, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio de Justicia y a la Procuraduría General de la Nación con la finalidad de tomar medidas que mejoren la situación de vulneración de derechos fundamentales por los cuales atraviesan los privados de la libertad (Corte Constitucional. T- 153 de 1998).

Posteriormente en sentencia T- 861 del 2013 manifiesta la Corte Constitucional que persiste el estado de cosas inconstitucional y nuevamente requiere a las autoridades competentes para remediar dicha situación.

2.4 AUTOS DE SEGUIMIENTO A LA DECLARATORIA

Con relación a los autos de seguimiento que se hacen al estado de cosas inconstitucional, únicamente se encontró el Auto A041-2011, en el cual la Corte manifiesta que ya había sido solicitado en anteriores ocasiones que se iniciara incidente de desacato por el incumplimiento de la sentencia T-153 de 1998, los cuales fueron denegados por dicha corporación, toda vez que el mismo debe iniciarse ante el Juez de Primera Instancia, además de expresarse que las causas del hacinamiento eran diferentes a las tratadas en la sentencia antes mencionada, en el sentido de que se ha hecho inversión en estructura carcelaria, pero la situación de hacinamiento ha sido fluctuante, al punto de que al año 2010 se superaron las cifras de hacinamiento del año 1998 y se reitera que se debe a causas distintas a las consagradas en la declaratoria de cosas inconstitucional.

Manifestó la Corte en el proveído del 2011 que “La Sala no cuenta con la información adecuada y suficiente, resultado de un proceso judicial en el que hayan participado las diferentes partes comprometidas, que le permita evaluar y estudiar adecuadamente las cuestiones planteadas por los solicitantes [...]” (Corte Constitucional. A041 de 2011), por lo que la Corte simplemente

reitera que existe una grave situación de vulneración a derechos fundamentales en la cárceles colombianas.

Anota la Corporación que ya se ha establecido jurisprudencialmente que existe una especial relación de sujeción entre el Estado y las personas privadas de la libertad en razón del poder punitivo que ostenta el Estado, pero dicho poder debe ser ejercido sin vulneración a los derechos fundamentales, por lo anterior se torna preocupante las fallas estructurales en el sistema penal, que generan vulneraciones de derechos fundamentales a los reclusos; en consecuencia de lo anterior resalta la Corte que deben idearse políticas públicas que permitan el mejoramiento del sistema penitenciario y no escudarse o justificarse las fallas en los problemas presupuestales existentes (Corte Constitucional. A041 de 2011).

3. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR LA INSALUBRIDAD, EL HACINAMIENTO Y EL DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN LA POBLACIÓN CARCELARIA

Bajo la teoría de la responsabilidad extracontractual del estado es conocido el deber de reacción que tiene este, frente a los daños sufridos a su población para proseguir a su reparación reprimiendo en un porcentaje las consecuencias ocasionadas por ese daño, es de gran importancia resaltar como lo anuncia Cupis que “El efecto jurídico causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño.” (Cupis. 1970: 82.)

La importancia del daño es reconocida en el campo de la responsabilidad desde mediados del siglo XXI, en cuanto a esto la honorable Corte Suprema de Justicia dice:

Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica,

sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria (Corte Suprema de Justicia Colombiana. 1968).

Surge pues la necesidad de distinguir el significado de lo que conlleva la palabra daño y el perjuicio; Según Bénéoit:

El daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] El perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada. (Bénéoit.1957. Pág 1351)

Según Rodrigo Escobar Gil, el daño conlleva al perjuicio ya sea material o espiritual independiente del origen de la causa, dice al respecto:

En el lenguaje corriente la expresión “daño” significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza. (Escobar. 1989. Pág 165)

De manera más sencilla y clara se entiende al daño como “La alteración negativa de un estado de cosas existente” (Henaó.1998. Pág. 84); al observar el significado de manera más concreta, nos adentramos específicamente a los daños causados en las cárceles Colombianas a la población carcelaria, daños causados principalmente por las condiciones de hacinamiento, insalubridad y desconocimiento de los derechos sexuales.

De acuerdo a Michel Foucault,

[...] la prisión, nació como institución en el siglo XVIII, pasando sucesivamente, del encierro, como preámbulo al tormento y la ejecución; a sustituto humanitario de la pena

capital, la deportación y demás castigos corporales. Sin embargo y con el transcurrir del tiempo el dolor de las penas crueles y degradantes se sigue sintiendo: La pena se convierte en un estigma; se depositan allí personas segregadas de la sociedad, se les neutraliza y escarmienta.” (Foucault. 1981. Pág. 269)

La realidad colombiana no es muy ajena a lo que Foucault describía en los años ochenta, pues pese a ver pasado varias décadas, hoy en día en las prisiones Colombianas la población carcelaria sufre innumerables violaciones a los derechos humanos, como si dichas violaciones estuvieran incluidas en las penas.

Es de recordar que es el Estado Colombiano quien tiene a la población carcelaria en dichas circunstancias puesto que es este quien tiene a su cuidado a los reclusos y que a partir de la responsabilidad que tiene el Estado al tener la tutela de estas personas surgen varios deberes unos con mayor relevancia que otros, pero ambos con connotación jurídica y de cumplimiento obligatorio, a saber:

La satisfacción de las necesidades de los internos e internas es una obligación del Estado debido a la situación de indefensión e imposibilidad, de esas personas, de hacerlo por su propia cuenta. Generalmente, quien esta privado de la libertad no cuenta con las condiciones para resolver, por sí mismo, las necesidades fundamentales y por lo tanto, legal y moralmente le corresponde a la institución carcelaria brindar condiciones básicas y dignas a los prisioneros durante el encierro” (Gómez. 2000)

Así mismo la Corte Constitucional Colombiana estableció uno de los deberes de manera concreta y expresa, al señalar en su sentencia T-596 DE 1992 que:

Del derecho pleno del interno a la vida, a la integridad física y a la salud se derivan importantes consecuencias jurídicas para la administración penitenciaria, que pueden ser descritas como deberes. Entre ellos se encuentra e deber de trato humano y digno, el deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable vestuario, utensilios de higiene y lugar de

habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica y el derecho al descanso nocturno, entre otros [...] (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-596 de 1992)

Del deber mencionado anteriormente se deriva la posición de garante que tiene el estado frente a la población reclusa; la posición de garante cuenta según la doctrina con una dimensión positiva y una dimensión negativa. La dimensión positiva conlleva la protección que se le debe brindar a los reclusos de cualquier ataque a su vida y dignidad humana, mientras que la dimensión negativa trae implícita la responsabilidad internacional en caso incumplimiento a las obligaciones adquiridas, de esta posición es importante resaltar que:

De la posición de garante que tiene el estado se derivan varias obligaciones específicas. Debido a que la dimensión negativa de la obligación se hace más evidente frente a la responsabilidad internacional del estado, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado con más cuidado las obligaciones específicas que se derivan de la dimensión positiva tales como:

- Proteger a los reclusos de los ataques que puedan provenir de terceros, incluso de otros reclusos;
- Asegurar que la persona este detenida en condiciones que sean compatibles con la dignidad humana. Esta es quizás una de las obligaciones más importantes que se derivan de la dimensión positiva. La doctrina y la jurisprudencia ya han señalado que tipo de situaciones serian incompatibles con esta obligación, tales como: condiciones de hacinamiento, aislamiento e incomunicación, restricciones indebidas al régimen de visitas, ausencia de cama para el reposo, condiciones inadecuadas de higiene. (Acosta-López, Juana Inés & Amaya-Villarreal, Álvaro Francisco. 2011. Pág. 306.)

Más aun con referencia a las obligaciones que se derivan de la posición de garante que tiene el estado, la Corte Constitucional resalta que “[...] El prisionero es una persona que se encuentra a cargo del Estado y éste no puede de manera negligente y fundado en una moral utilitarista poner a dichas personas a soportar una vida por debajo de las condiciones mínimas de existencia [...]” (Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-420.1994)

Ahora bien como se dijo anteriormente las violaciones a los derechos humanos de la población carcelaria en las cárceles colombianas surge principalmente a partir de tres circunstancias:

- Hacinamiento.
- Insalubridad.
- Desconocimiento de derechos sexuales y reproductivos.

Indudablemente la Dignidad Humana entendida como pilar básico del ser humano; es desconocida en estas tres circunstancias es por esto que antes de adentrarnos en cada una de ellas, es menester resaltar “[...] En {la noción jurídica de la persona humana} que el valor de esta consiste en ser más que el mero existir, {en tener dominio sobre la propia vida y esta superioridad, este dominio es la raíz de la dignidad de la persona}” (Balaguer J.,Bachs J.,Rivera I.,Gisbert A. & Rodriguez J. 1992. Pág. 101)

De la misma forma en que la dignidad humana se considera pilar básico del ser humano también cuenta con la virtud de generar igualdad entre las personas sin distinción alguna de sexo, edad, condición económica, etc.;

La dignidad afirma un determinado status consustancial al ser humano que le sitúa- en tanto que criatura del universo- por encima de las demás, a la vez que le identifica y le iguala con el resto de los seres de su especie. En esa línea, pudiera afirmarse que la igualdad constituye un presupuesto de la dignidad. [...] En situación de privación de la libertad, la dignidad no sufre acotaciones sino que constituye un escudo protector para los sujetos de esas restricciones de libertad [...] (Balaguer J.,Bachs J.,Rivera I.,Gisbert A. & Rodriguez J.1992:101).

La dignidad influye en tantos aspectos del ser humano, que cualquier vulneración a los derechos humanos desconoce igualmente la dignidad humana, por ejemplo,

[...] La Memoria de la fiscalía de Barcelona, a la que me referí anteriormente, concluye que el {hacinamiento, en la medida en que no solo afecta a la calidad de vida en la celda sino también en la que se realiza fuera de ella en el seno de la galería, incide ... en la higiene, en la salubridad, en la salud y finalmente, en la dignidad de los seres a los que la propia administración del estado ha privado de libertad por lo que no es una magnitud más sino un elemento central en el que la administración penitenciaria debe actuar decididamente} lo cual destaca la afectación del derecho comentado por el fenómeno de la masificación en los centros de reclusión (Balaguer J.,Bachs J.,Rivera I.,Gisbert A. & Rodriguez J. 1992: 103.).

3.1 EL HACINAMIENTO

El hacinamiento es sin duda el mayor problema que viven los centros carcelarios del país, de éste se derivan muchas consecuencias, entre ellas se puede evidenciar que a partir de esta situación surge en ocasiones la insalubridad acompañada del sufrimiento de enfermedades y el mismo desconocimiento a los derechos sexuales y reproductivos de los reclusos pues debido al hacinamiento muchas veces se les niega la posibilidad de hacerlos efectivos.

Esta condición se evidencia cuando,

En el marco de las políticas penitenciarias, de las referencias jurídicas y de la privación de la libertad, es notorio que el valor de la dignidad se vulnera cuando en una celda para ocho o diez personas deben convivir veinte y treinta personas, hay que resaltar que el hacinamiento en bellavista y en cualquier cárcel vulnera la dignidad humana por cuanto ataca directamente la calidad de vida de los reclusos en las celdas y fuera de ella, incidiendo en la higiene, en la salubridad, en la salud y contra la vida misma. (Balaguer J.,Bachs J.,Rivera I.,Gisbert A. & Rodriguez J.1992. Pág 101-103).

Actualmente la doctrina utiliza como sinónimo de hacinamiento la palabra sobrepoblación carcelaria que como cita Victor De Currea-Lugo es entendida como: “[...] el “exceso de personas privadas de libertad sobre la capacidad de alojamiento oficialmente prevista”” (Carranza, E.,

Coyle, A., Isaksson, C., Jeff, C., Dominguez, J., Rodriguez, M. Nuñez, D. Nathan, S. Currea-lugo. 2009. Pág. 260)

De modo similar para Elías Carranza,

La sobrepoblación penitenciaria: Es la situación en que la densidad penitenciaria es mayor que 100, porque hay más personas presas que la capacidad establecida para una prisión o para la totalidad del sistema; La sobrepoblación crítica: Es la situación en que la densidad penitenciaria es igual a 120 o más. Adoptamos esta definición utilizada por el Comité Europeo para los problemas Criminales como un criterio útil también para América Latina; y Hacinamiento: Como sinónimo de sobrepoblación crítica.” (Carranza, E., Coyle, A., Isaksson, C., Jeff, C., Dominguez, J., Rodriguez, M. Nuñez, D. Nathan, S. Currea-lugo, V. 2009:63)

Luego de entender que conlleva esta situación, se ha podido determinar que en la normativa vigente no hay normas como tal que regulen la situación de hacinamiento en las cárceles colombianas, pese a esto las Normas internacionales establecen claramente que la población reclusa debe tener espacio apto y tener acceso a aire y luz, un ejemplo de ello es el artículo 10 de las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas,

Artículo 10: Los locales destinados a los reclusos y especialmente a aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche, deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación.” (Naciones Unidas. 1977.)

Todo lo anterior resalta que el hacinamiento no es una circunstancia simple de tratar pues si bien los reclusos deben estar retenidos en un lugar determinado, este lugar debe contar con unos requisitos mínimos que por lo menos garanticen los derechos fundamentales,

No se pueden seguir considerando las prisiones como sitios de depósitos de personas que la sociedad margina y les priva de la libertad. El hacinamiento se asocia con enfermedades de la

piel (parásitos) y enfermedades respiratorias (tuberculosis). En ese caso como en muchos otros, la solución no depende de los antibióticos sino de evitar el hacinamiento. (Carranza, E., Coyle, A., Isaksson, C., Jeff, C., Dominguez, J., Rodriguez, M. Nuñez, D. Nathan, S. Currea-lugo, .2009. Pág. 260)

Algunas de las consecuencias del hacinamiento afectan no solo la salud mental sino también la salud física de la población reclusa; la tuberculosis es una enfermedad que padecen algunos de los reclusos y que lamentablemente por el hacinamiento, esta enfermedad se ve propagada con más facilidad; esta es sólo una muestra de que el hacinamiento causa insalubridad la cual conlleva a el padecimiento de diversas enfermedades por parte de la población reclusa, “Si no es tratado cada individuo con TBC activa puede infectar entre 10 y 15 personas al año” (Carranza, et. al. 2009. Pág. 264)

Aparte de las enfermedades ocasionadas por la situación de hacinamiento se ha demostrado por algunas ciencias humanas que esta situación además genera agresividad e ira, lo cual conlleva no solo al aumento de homicidios sino también al aumento de motines al interior de los centros penitenciarios y carcelarios,

La psicología experimental a verificado que se genera agresividad y violencia en los animales o en las personas reduciendo su espacio mínimo vital o su “espacio defensible” [...] La sobrepoblación penitenciaria ha sido definida como un trato cruel, inhumano o degradante, en los términos utilizados por la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. [...]” (Carranza, et. al. 2009. Pág. 64-65)

Queda pues claro que con la situación de hacinamiento las reglas mínimas del tratamiento de los reclusos dictadas por la ONU y los demás mecanismos legislativos y judiciales en la materia quedan sin fundamento real, al convertirse en letra muerta puesto que el hacinamiento influye en una mala e inadecuada salud, comida, descanso, seguridad, entre otros aspectos del sistema penitenciario y carcelario.

El hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria no es un fenómeno exclusivo de Colombia, Colombia tiene un problema muy grave de hacinamiento y sobrepoblación carcelaria, pero el problema es común a todos los estados de la región, problemas que son derivados de un lado de la falta de políticas públicas integrales como ya dijimos, si no también especialmente por unas políticas criminales represivas [...] (Gallego, E., Posada, J., Escobar R. 2013. Pág. 150)

3.2 INSALUBRIDAD.

Según la Real Academia de la Lengua Española insalubridad viene del vocablo “Insalubre” que significa Dañoso a la salud (Real Academia de la Lengua Española. 2014).

Es por esto que para tratar el tema es necesario hacer referencia al derecho fundamental a la salud; el Pacto De Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 12 proclama como derecho de todas las personas gozar del más alto nivel de salud, derecho que consideramos fundamental puesto que va ligado indiscutiblemente a la vida.

Artículo 12: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. (Naciones Unidas. 1976. Art.12)

El derecho a la salud tiene varias connotaciones entre estas, cuenta con unos fines que están unidos indiscutiblemente con los derechos fundamentales de todas las personas puesto que influyen en la vida de las personas, según el tratadista Victor De Currea-Lugo,

Los fines últimos del derecho a la salud son salvar la vida, restablecer la salud y mantener la salud y/o aliviar el sufrimiento, fines que no deberían ser abandonados por no poder ser logrados en el 100% de los casos; ni pedir lo imposible ni negar lo indispensable. El derecho a la salud no es, no puede ser, el derecho a estar sano, sino a contar con decisiones, medios y recursos disponibles, accesibles, aceptables y de calidad que permitan garantizar el máximo nivel de salud posible” (Carranza, et. al. 2009. Pág. 241)

La salud se entiende como un derecho del cual son titulares todas las personas y por tanto, por el cual el Estado debe de velar, su exigibilidad así como la connotación de ser derecho humano es innegable, referido a lo anterior,

El derecho de la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es indiscutible. Aparece como parte de otros derechos como el trabajo y la seguridad social; está incluida de manera explícita en normas internacionales contra la discriminación racial y de la mujer; aparece como límite al ejercicio de otros derecho; es el resultado no solo de la acción de Estado sino de su abstención (Por ejemplo en el caso de tortura y lo relacionado con la integridad física de las personas); y finalmente, también aparece como derecho en sí. (Gallego, E., Posada, J., Escobar R. 2013. Pág. 91)

Los principales actos positivos que se derivan del derecho a la salud en la población reclusa consideramos que son:

- El reconocimiento médico de todos los nuevos reclusos, al momento de ingreso al centro de detención.
- El derecho de acceso a la atención de salud, durante toda la estadía en el centro de reclusión.

- La Salubridad del lugar del centro carcelario, tanto del lugar destinado al descanso nocturno como de los lugares comunes a todos los reclusos.
- Atención de salud especializada cuando sea necesario.

Uno de los principales obstáculos que presenta el sistema de salud al interior de las cárceles en el país y que genera grandes perjuicios en la salud física y mental de los reclusos es que la asistencia médica no es prestada de manera igualitaria a una persona que está en libertad; no solo hay déficit de profesionales que los atiendan sino además los insumos e instalaciones son deplorables, en concordancia con esto señala Currea-Lugo que:

Lo ideal es que los servicios de salud del centro de detención hagan parte del sistema de salud de la sociedad, que la asistencia médica de los detenidos tenga el respaldo del sistema nacional de salud y sus diferentes estructuras. “Los servicios médicos (de las prisiones) deberán organizarse íntimamente vinculados con la administración general del servicio sanitario de la comunidad o de la nación” (Regla 22,1). (Gallego, E., Posada, J., Escobar R. 2013.Pág 103)

Referido a la prestación del servicio de salud en los centros carcelarios y penitenciarios del país, el general de la Policía Nacional de Colombia, exdirector del INPEC Gustavo Ricaurte dijo: “Nosotros creemos que debería haber unos mil 100 profesionales en los 412 penales por parte de Caprecom que es la EPS que maneja la salud de los reclusos, pero actualmente no hay más de 600 y por eso hemos hecho un llamado para que se tomen cartas en el asunto” (Entrevista a RCN radio, Concedida el día 30 de mayo de 2013); esta es solo una pequeña muestra de la deficiente prestación al servicio de salud que tienen los reclusos. Entre los principales obstáculos que día a día tiene que padecer la población reclusa se encuentran:

- Número insuficiente de establecimientos y servicios públicos de salud, así como de programas preventivos y correctivos de enfermedades y epidemias.
- Poca calidad del servicio prestado acompañado de falta de especialistas para enfermedades concretas.

- Falta de prevención en enfermedades de transmisión y epidemias, “[...] Tanto por el tipo de personas que llegan a los centros de detención (desnutrición, vulnerabilidad) como por las características propias de los centros carcelarios (hacinamiento, medidas de control, etc.) se requiere el desarrollo de ciertos programas de salud” (Gallego, E., Posada, J., Escobar R. 2013. Pág. 111)
- El padecimiento de enfermedades como la tuberculosis, la hepatitis y el HIV/SIDA, así como de enfermedades mentales. “La mezcla de elementos tales como desnutrición, depresión, enfermedades, falta de tratamientos adecuados y oportunos, consumo de sustancias psicoactivas, condiciones antihigiénicas y hacinamiento, constituyen una mezcla explosiva para la salud de las personas bajo detención y constituyen una negación absoluta del derecho a la salud. Tal negación constituye una pena accesoria, ilegal e injusta a la pérdida de libertad” (Gallego, E., Posada, J., Escobar R. 2013. Pág. 120)
- El inadecuado estado de las instalaciones sanitarias en los centros carcelarios.

Queda pues claro que el derecho a la salud, las condiciones de higiene y la salubridad en los centros carcelarios y penitenciarios del país deberían ser lugares dedicados a la prevención y tratamiento de enfermedades, en garantía al derecho a la salud de sus detenidos o reclusos, puesto que hoy en día la situación es muy distinta, la población carcelaria sigue de manera reiterada sufriendo violación al derecho a la salud;

[...] Las prisiones son perjudiciales para la salud, siendo mejor estar libre y sano que detenido y enfermo. Pero una vez que una persona es detenida, corresponde a las autoridades penitenciarias en general y al personal de salud en particular, velar por la garantía del derecho a la salud de las personas detenidas. Para ese fin se cuenta con normas explícitas y claras del derecho internacional de los derechos humanos y de la ética médica, que sirven para determinar acciones y medidas de protección.” (Carranza, et. al. 2009, Pág. 270)

Las vulneraciones al derechos a la salud en los centros carcelarios no se pueden atribuir únicamente a los funcionarios encargados de los reclusos, sino que tiene sus inicios en las

políticas penitenciarias agravadas por el sistema de salud colombiano, puesto que al ser el derecho de la población reclusa pareciese que no interesa al legislador ni a los gobiernos, es pues necesario entender que la población reclusa pese a estar privada de libertad por cometer hechos ilícitos cuenta con “equivalencia” en derechos de la misma manera que los demás individuos. Además el Estado y las autoridades encargadas del cuidado y custodia de los reclusos no pueden escudarse en la falta de recursos puesto que bajo ninguna circunstancia se justifica la vulneración a los derechos humanos,

Le corresponderá a las entidades estatales correspondientes, entiéndase Gobierno Nacional- Ministerio de Justicia y del Derecho, Ministerio de Hacienda, Departamento de Planeación Nacional, Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC- e Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, evitar la prolongada y continua vulneración de derechos fundamentales de los reclusos sin excusarse en la carencia de recursos, ya que el Estado termina siendo el principal responsable de proporcionar las condiciones básicas para la vida digna de una persona reclusa a su cargo en un establecimiento carcelario, máxime cuando i) la dignidad humana como derecho se conserva intocable y sin limitaciones de ningún orden o circunstancia y ii) las restricciones impuestas a las personas privadas de la libertad están limitadas a un estricto criterio de necesidad y proporcionalidad. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-815/13)

Tal como la relación causa- efecto se encuentra la situación que viven los reclusos en Colombia, puesto que la insalubridad seguida de otras violaciones a las condiciones de existencia y a los derechos humanos de la población carcelaria conllevan muchas veces a que los reclusos sigan cometiendo delitos y que como tal la resocialización, como fin de la pena no se cumpla:

El problema del deterioro sanitario en las cárceles es el resultado directo de las violaciones de derechos humanos que se dan en ellas. No puede resolverse en condiciones de sobrepoblación penitenciaria, falta de acceso a ejercicio, luz solar y a una dieta adecuada, y mínima o nula atención medica de las personas presas [...] Lo que urge, de manera casi desesperada, es un cambio en las condiciones de las prisiones y en la calidad de la atención medica dispensada en ellas. (British Medical Journal, 1999: 313).

3.3 DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SEXUALES.

Los derechos sexuales son aquellos que le otorgan a las personas la posibilidad de tener autonomía y poder decisión frente a su sexualidad, eliminando la discriminación o imposición, entre ellos se encuentran el derecho a decidir el tener relaciones sexuales, la libre elección de la orientación sexual, la decisión de tener hijos o no y especialmente en la población reclusa el derecho a tener visita conyugal o marital.

Para tener mayor claridad sobre lo que conlleva la esfera de los derechos sexuales y reproductivos es menester traer a colación lo dicho por las autoras del libro Sexualidad, Derechos humanos y Ciudadanía,

[...] Los derechos sexuales pueden ser caracterizados como el derecho a ejercer en las mejores condiciones posibles (Tanto de seguridad jurídica como de hecho, en donde quedaría comprendida la salud sexual) la sexualidad en sí misma considerada (cuyo posible resultado podría ser la obtención de placer), porque es válido (y posible) que en el ejercicio de su sexualidad las personas excluyan deliberadamente cualquier posible consecuencia de índole reproductiva, dado que el ejercicio de la sexualidad excede en demasía la finalidad reproductiva. Por su parte, los derechos reproductivos versan sobre la decisión (y el derecho) de reproducirse o no, así como sobre las condiciones en que se produce tal proceso (tanto en el aspecto salud, como en el ámbito jurídico). (Szasz, Salas. 2008.Pág. 158)

En cuanto a la naturaleza de los derechos sexuales es posible afirmar que pertenecen tanto a los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales,

Atendiendo a la indivisibilidad y la integralidad de los derechos humanos, resulta obvio que los derechos sexuales les participan tanto la naturaleza de los derechos civiles y políticos (Que básicamente requieren abstenciones estatales), como de la naturaleza de los derechos sociales y económicos (Que generalmente presuponen la realización de actividades

prestacionales), por lo que en su determinación jurídico-positiva deben ser tomados en cuenta ambos tipos de derechos. (Szasz, Salas. 2008. Pág. 166.)

Según los autores de “Módulo de la A a la Z en derechos sexuales y reproductivos”, los derechos sexuales implican:

Los Derechos Sexuales incluyen, entre otros:

1. El derecho de hombres y mujeres a ser reconocidos como seres sexuados.
2. El derecho a fortalecer la autoestima y autonomía para adoptar decisiones sobre la sexualidad.
3. El derecho a explorar y a disfrutar de una vida sexual placentera, sin vergüenza, miedos, temores, prejuicios, inhibiciones, culpas, creencias infundadas y otros factores que impidan la libre expresión de los derechos sexuales y la plenitud del placer sexual.
4. El derecho a vivir la sexualidad sin sometimiento a violencia, coacción, abuso, explotación o acoso.
5. El derecho a escoger las y los compañeros sexuales.
6. El derecho al pleno respeto por la integridad física del cuerpo y sus expresiones sexuales.
7. El derecho a decidir si se quiere iniciar la vida sexual o no, o si se quiere ser sexualmente activo o activa o no.
8. El derecho a tener relaciones sexuales consensuadas.
9. El derecho a decidir libremente si se contrae matrimonio, se convive con la pareja o si permanece solo o sola.
10. El derecho a expresar libre y autónomamente la orientación sexual.
11. El derecho a protegerse del embarazo y de las infecciones y enfermedades de transmisión sexual.
12. El derecho a tener acceso a servicios de salud sexual de calidad. Los criterios básicos de calidad son: buen trato, eficiencia, confidencialidad, accesibilidad geográfica y económica.
13. El derecho a contar con información oportuna, veraz y completa sobre todos los aspectos relacionados con la sexualidad, por ejemplo, conocer cómo funciona el aparato reproductor femenino y masculino y cuáles son las infecciones y enfermedades que se pueden adquirir a través de las relaciones sexuales. (Defensoría del pueblo de Colombia y Profamilia. 2007:24)

Y los derechos reproductivos implican:

Los Derechos Reproductivos incluyen específicamente:

1. El derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre ellos, y a disponer de la información, educación y medios para lograrlo.
 2. El derecho de hombres y mujeres de decidir de manera libre y responsable la posibilidad de ser padres o madres.
 3. El derecho a decidir libremente el tipo de familia que se quiere formar.
 4. El derecho a acceder a métodos anticonceptivos seguros, aceptables y eficaces (incluyendo la anticoncepción de emergencia).
 5. El derecho de las mujeres a no sufrir discriminaciones o tratos desiguales por razón del embarazo o maternidad, en el estudio, trabajo o dentro de la familia.
 6. El derecho a tener acceso a servicios de salud y atención médica que garanticen una maternidad segura, libre de riesgos en los periodos de gestación, parto y lactancia y se brinde las máximas posibilidades de tener hijos sanos.
 7. El derecho de contar con servicios educativos e información para garantizar la autonomía reproductiva.
 8. El derecho a tener acceso a los beneficios del progreso científico, para contar con servicios accesibles que satisfagan las necesidades dentro de los mejores estándares de calidad.
- (Defensoría del pueblo de Colombia y Profamilia. 2007. Pág. 25)

Si bien es claro que la población reclusa está en condiciones distintas a las de la población en general, cabe anotar que hay que observar la diferencia entre limitar los derechos sexuales protegiendo la seguridad del centro de reclusión pero siempre bajo la esfera del respeto a la dignidad y a la libertad inherente al humano; a la limitación o prohibición del uso autónomo de los derechos sexuales bajo la imposición y coacción.

Resulta evidente que la sexualidad de los reclusos merece ser protegida constitucionalmente, toda vez que constituye un factor trascendental en el desarrollo de la vida íntima. Sin lugar a dudas, una visita íntima en condiciones indignas vulnera los derechos fundamentales descritos anteriormente a la intimidad, a la protección familiar, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud, así como también los derechos sexuales y reproductivos de los reclusos. En adición, es palmario que en la visita íntima aplican los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres por

cuanto ellas también hacen parte de la visita íntima, bien en calidad de reclusas o como ciudadanas visitantes. En ese sentido, vale traer a colación la Declaración de Beijing de 1995, IV Conferencia Mundial sobre la mujer, la cual estableció sobre los derechos de la mujer, que:

Incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíproco y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-815/13).

Al observar las situaciones que presentan los reclusos en los centros de reclusión del país encontramos que los principales derechos sexuales y reproductivos que son desconocidos son el de la debida visita conyugal o marital y el de la libertad de orientación sexual; el desconocimiento de estos derechos genera no solo daños desde el punto de vista personal y mental del recluso como individuo, sino que además vulnera la familia como base o fundamento de la sociedad.

Evidencia de lo anterior es lo dicho por los accionantes de una acción de tutela número de radico T-3.970.441,

Específicamente, los accionantes adujeron que en el complejo carcelario (ERON – Picota) donde se encuentran reclusos, son obligados a “recibir a nuestro personal visitante, esposas, hijos y demás familiares y amigos en condiciones indignas y en lugares no adecuados para tal efecto, es una clara trasgresión y amenaza a nuestros derechos y como solución a dicha problemática a –sic- optado por restringirnos el derecho a ser visitados al implementarnos el más conocido “Pico y Placa”... (...) “al obligarlos a visitarnos apenas dos (2) veces al mes”. (Corte Constitucional. Sentencia T-815/13)

Lo anterior trae a colación que el hacinamiento no solo violenta el descanso nocturno de los internos sino además otros derechos humanos.

La corte constitucional ha dicho de manera reiterada en varias sentencias que el estado como garante y responsable de los internos de los centros de reclusión debe de manera efectiva y eficaz proteger y velar por el cumplimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

De ahí la importancia que el Estado, sin escudarse en dificultades económicas o presupuestales, cree locales independientes predestinados únicamente con este propósito, en los cuales se garanticen estándares mínimos internacionales en la materia y se respete la dignidad humana inherente a la persona privada de la libertad y los derechos fundamentales a la salud, a la integridad personal, a la libertad sexual, a la libre orientación sexual, al fortalecimiento del vínculo familiar y al contacto íntimo con otra persona a su elección, sin discriminaciones de ningún tipo por razones de género, sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión

[...]

El derecho sexual y reproductivo de los reclusos y de sus parejas, independientemente de la orientación sexual, contiene además, el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables por parte de las personas privadas de libertad. Para ello, el Estado debe proporcionar condiciones de dignidad en lugares especiales que permitan el desarrollo de una visita íntima que abarque, entre otros: el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno, así como el derecho al acceso pleno de métodos de regulación de la fecundidad. Respecto a la atención específica de la salud sexual considera esta Sala que el Estado, en su posición especial y jerárquica de garante debe educar, informar y sobre todo proporcionar a las personas privadas de la libertad el acceso a métodos anticonceptivos, en condiciones de calidad. Así como prevenir mediante el diagnóstico temprano y el tratamiento adecuado todas las patologías sexuales penitenciarias y carcelarias para asegurar la protección del derecho fundamental a la salud y los derechos sexuales y reproductivos de los reclusos y sus visitantes. [...] (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-815/13)

Y frente al derecho a la libertad de orientación sexual la corte ha señalado que:

[...] 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. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-062/11)

Pese a que en el panorama constitucional de Colombia los derechos sexuales y reproductivos solo comienzan a tomar relevancia a finales del siglo XXI, cabe anotar que requieren de igual protección y deber de cumplimiento que los demás derechos, puesto que estos derechos tienen gran connotación en el ser humano debido a que influyen no solo en derechos individuales como la libertad si no además conllevan derechos colectivos como el derecho a la familia.

4. MECANISMOS ADMINISTRATIVOS Y JUDICIALES PARA LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS EN LA POBLACIÓN CARCELARIA

El medio de control idóneo que ha contemplado la legislación contencioso administrativa es la reparación directa, consagrado en el artículo 140 de la ley 1437 de 2011, que tiene como fundamento el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia.

Ha establecido el H. Consejo de Estado a través de sus Magistrados en un valioso texto que recopila la historia y evolución de lo contencioso administrativo que,

[...] Es una acción de carácter subjetivo, individual temporal y desistible, por medio de la cual una persona que se crea lesionada y afectada por un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajo público o de cualquier otra causa (Consejo de Estado, 2012, P 125).

Así mismo en el texto el H. Consejo de Estado en el texto explica la finalidad del medio de control,

La acción de reparación directa en la visión moderna supone tanto la protección de un derecho de configuración legal, derecho a la reparación, por los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos o actividades administrativas globalmente consideradas, sino que es una herramienta idónea para buscar la eficacia en el ejercicio de la actividad administrativa, sin limitarse a un simple control, sino promoviendo la optimización en la prestación, cumplimiento y despliegue de todos los deberes normativos (positivos) en cabeza del Estado, de tal manera que se corresponda con el modelo de Estado Social de Derecho y con las garantías a las que debe sujetarse la administración pública en nuestra época (Consejo De Estado, 2012, Pág.130).

El término reparación directa deviene de la exigibilidad de resarcir el daño causado a la víctima, otorgando una reparación integral que según criterio de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, comprende, verdad, justicia, indemnización, y la garantía de no repetición para que la persona vuelva al estado en que se encontraba antes de sufrir el hecho dañoso, la ley 1437 de 2011, actual Código que compila el procedimiento contencioso administrativo, en el artículo 140 preceptúa,

ARTÍCULO 140. REPARACIÓN DIRECTA. En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma.

Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública.

En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño (Ley 1437 de 2011, Art. 140).

En este compendio normativo de la responsabilidad de la administración que se hace efectiva a través del medio de control de reparación directa, es necesario involucrar los artículos 6° y 90 de la Constitución Política de Colombia, donde se fija la responsabilidad administrativa de los servidores públicos y de las autoridades públicas, por acción, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y que de este se haya causado un daño antijurídico a un particular que no tiene el deber jurídico de soportar, excede las normalidad de las cargas públicas, o se basa en los principios de solidaridad o equidad(Ley 1437 de 2011).

En el mismo sentido la Constitución Nacional ha establecido la Clausula de responsabilidad del Estado, que se consagra en los siguientes artículos,

ARTICULO 6o. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (Constitución Política de Colombia de 1991).

Ahora bien, para que el medio de control de reparación directa tenga efectividad es indispensable que en su trámite se expongan y prueben la existencia de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, siendo estos daño y perjuicio, como lo expresa a continuación el doctrinante Enrique Gil Botero (2013),

El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño

especial, trabajos públicos, etc.), a tal punto que la ausencia de aquel imposibilita el surgimiento de esta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño [...] Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado, y personal [...] Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual [...] En este orden de ideas, la certeza del daño hace relación a la evidencia y seguridad de su existencia independientemente de que sea presente o futura, mientras que en la eventualidad precisamente se opone a aquella característica, es decir, es incierto el daño “cuando hipotéticamente pueda existir, pero depende de las circunstancias de remota realización que pueden suceder o no” y por lo tanto, no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad extracontractual (Gil Botero. E. 2013, Pág. 41).

No obstante haberse configurado el daño, esto no basta para endilgarse del Estado la responsabilidad, pues deben existir otras características que consisten a groso modo en que, quien sufre el daño no está en el deber jurídico de soportarlo, que el daño sea causado por una acción u omisión del Estado y perjudique a quien reclame el resarcimiento del mismo; por lo anterior es pertinente ver éstas características de los expertos en la materia, así,

- Daño antijurídico: El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados de ciertos límites, por el legislador [...]

La doctrina española ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90 [...]

Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como, la lesión a un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, por lo cual se ha desplazado la antijurídica de

la causa del daño mismo. Por consiguiente, concluye esa Corporación, el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva [...]

Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual este se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la personas tenga que soportarlo”, y este daño debe tener las siguientes características,

- a) Cierto:
- b) Personal
- c) Determinado o determinable
- d) Presente o futuro. (Gil Botero, Enrique 2013, Pág. 34)

- Nexo de causalidad: [constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño, otra cosa diferente es que cualquier tipo de análisis de imputación, supone, prima facie, un estudio en términos de atribubilidad material (imputatio facti u objetiva, a partir del cual se determina el origen de un específico resultado que se adjudica a un obrar -acción u omisión]. (Gil Botero, Enrique 2013, Pág. 14)
- Imputación fáctica (Imputatio facti): [podría interpretarse como causalidad material, pero que no lo es jurídicamente hablando porque pertenece al concepto de posibilidad de referir un acto a la conducta humana, que es lo que se conoce como imputación (Gil Botero, Enrique 2013, Pág.14).
- Imputación jurídica (Imputatio jure): supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas o regímenes de responsabilidad que tiene cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política (Gil Botero, Enrique Pág.14).

Frente a la caducidad del derecho de acción este medio de control presenta unas particularidades, toda vez que regla general, por configuración legislativa el particular debe activar el aparato judicial en un término improrrogable de (2) años contados a partir del día siguiente de la ocurrencia, omisión, operación administrativa, ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o de cualquier otra causa; pero la norma comienza a desglosar criterios que contiene excepción a la misma, veremos que el artículo 164 de la ley 1437 de 2011, introduce criterios como el momento en que la víctima conoció o pudo conocer el hecho dañoso, y cuando la pretensión de reparación directa involucra el delito de desaparición forzada, establece que,

ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada: Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición (Ley 1437 de 2011, Art. 164).

Ahora bien, es de anotar que aunque el medio de control no exige una reclamación previa ante la administración, y a eso apunta que el medio de control se enuncie como “reparación directa”, no obsta, para que deba surtirse conciliación prejudicial ante Conciliador calificado, como es la Procuraduría General de la Nación, quienes son los únicos autorizados para intervenir en este tipo de controversias, así lo enuncia la ley 640 de 2001 y la ley 1437 de 2011 en el artículo 161,

ARTÍCULO 161. REQUISITOS PREVIOS PARA DEMANDAR. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales [...] (Ley 1437 de 2011)

CONCLUSIONES

- Los tratados internacionales de derechos humanos establecen instrumentos jurídicos que protegen de manera eficaz los derechos humanos de la población carcelaria; creando obligaciones jurídicas a los estados partes que ratifican dichos instrumentos internacionales, en cuanto al cumplimiento efectivo que se debe probar de estos derechos al interior de los centros de reclusión.
- La Corte Constitucional en sus diferentes providencias ha reconocido innumerables derechos a las personas privadas de la libertad e incluso establece que existe una especial relación de sujeción, en la cual el Estado está en la obligación de garantizarle los derechos a las personas a quienes tiene a su cargo, es decir, no sólo respetar los derechos, sino proporcionar a esta población todo lo necesario para que sus derechos queden garantizados.
- Existe un evidente incumplimiento de la normativa nacional en materia carcelaria, toda vez que muchos derechos de la población reclusa son transgredidos a diario por el INPEC, desconociendo que el fundamento de dicha normativa se encuentra en la Constitución nacional y los diferentes instrumentos internacionales, como garantías mínimas para el tratamiento de los reclusos y con el fin de que estos vivan en condiciones dignas.
- Los diferentes informes emitidos por las autoridades gubernamentales permiten evidenciar que las condiciones en las cuales se encuentran las personas privadas de la libertad no corresponden con lo establecido por la normativa nacional e internacional.
- No obstante haberse declarado un Estado de cosas inconstitucionales frente a la vulneración de derechos por la cual atraviesan la mayoría de cárceles colombianas, a la fecha la situación no mejora, por el contrario empeora y se hace más incontrolable e inmejorable la situación.
- Las inadecuadas condiciones de existencia que padece la población carcelaria en Colombia, tales como el hacinamiento, la insalubridad y la violación a los derechos sexuales, genera de

manera reiterativa daños y perjuicios en la vida y la salud de los reclusos; generando por parte del Estado Colombiano el incumplimiento de los deberes que surgen de su posición de garante.

- El hacinamiento constituye una grave violación a la dignidad humana de las personas que la padecen; y sus principales consecuencias son la insalubridad y el inadecuado cumplimiento de los derechos sexuales, puesto que no solo afecta la salud física sino también la salud mental de la población carcelaria.
- Tanto el hacinamiento, como la insalubridad y la violación a los derechos sexuales de la población carcelaria son evidencias del pobre compromiso de los poderes públicos del Estado Colombiano con los derechos humanos de la población carcelaria, debido a que estas circunstancias son derivadas de la falta de políticas públicas integrales y globales además de un inadecuado sistema carcelario; el cual no contribuye en absoluto a la resocialización de los reclusos, sino que por el contrario propicia reiterativas violaciones al derecho a la vida digna, a la salud, a la libertad, a la familia, entre muchos otros derechos.
- La legislación colombiana en materia administrativa, contempla un medio o instrumento de reparación directa para controlar los hechos, omisiones, actuaciones, operaciones administrativas y ocupaciones temporales o permanentes de inmuebles, de las autoridades administrativas, con el fin de que el particular que haya sido afectado en sus derechos o patrimonio por algunas de las causas señaladas y el daño pueda ser atribuido a un agente del estado, acuda directamente ante el juez administrativo para que este entregue una reparación integral que se compone de verdad, justicia, reparación integral y garantía de no repetición.
- La población reclusa en Colombia desconoce los derechos y garantías mínimas que debe ofrecer el estado por tener la potestad exclusiva de castigar los injustos penales, generando un compromiso de mantener a la población reclusa en condiciones dignas y de bienestar físico y mental.

RECOMENDACIONES

- Deben adoptarse políticas públicas tendientes a mejorar la situación de las personas que se encuentran privadas de su libertad, pues al encontrarse bajo custodia y cuidado del Estado es éste quien tiene que garantizar unas condiciones de existencia digna, donde prime el respeto de los derechos fundamentales.
- Es importante que el Estado Colombiano no siga excusando la problemática carcelaria que viene sucediendo desde tiempo atrás, en las dificultades presupuestales, pues no constituye éste un eximente de responsabilidad y por el contrario puede generar un gasto mayor, pues inmediatamente se declare la responsabilidad del Estado, debe hacerse una reparación pecuniaria.

BIBLIOGRAFÍA

Acosta-López, Juana Inés & Amaya-Villarreal, Álvaro Francisco (2012). La responsabilidad internacional del Estado frente al deber de custodia: estándares internacionales frente a los centros estatales de detención. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. pp. 301-326.

Alexi, R. (2011). *Una Defensa de la Fórmula de Radbruch*. Recuperado de: <http://filosofiadelderechoexternado.blogspot.com/2011/02/formula-de-radbruch-positivismo-o.html>

Alto Comisionado Para los Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas (1945). *Carta de Naciones Unidas*. San Francisco, USA.

Asamblea General Naciones Unidas (1948). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*. Ginebra, Suiza.

Asamblea General de Naciones Unidas (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. París, Francia.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). *Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. Resolución 2200 A. New York, USA.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1988). *Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*. Resolución 43/ 173.

Asamblea General de las Naciones Unidas (1990). *Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos*. Resolución 45/ 111.

Asamblea General de las Naciones Unidas (2013). *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Resolución 68/190.*

Balaguer J., Bachs J., Rivera I., Gisbert A. & Rodríguez J. (1992). *En Cárcel y Derechos Humanos.* Barcelona: Jose M^a Bosch EDITOR S.A.

Benoît, F. (1957). *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé.* En Problèmes de causalité et d'imputabilité. París: FCP.

Carranza, E., Coyle, A., Isaksson, C., Jeff, C., Dominguez, J., Rodríguez, M. Nuñez, D. Nathan, S. Currea-lugo, V.,... (2009). *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe.* México: Siglo XXI editores S.A.

Chinchilla, T. (1999). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?.* Colombia: Temis.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1957-1977). *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos.* Resolución 663C (XXIV) y 2076 (LXII).

Consejo de Estado. (2012). *Instituciones de Derecho Administrativo en el nuevo Código, una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011.* Colombia: Bogotá.

Consejo de Estado, sección tercera (abril 24 de 2013). M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicación: 25000-23-26-000-2003-00200-01 (26.690).

Consejo de Estado, Sección Tercera (7 de mayo de 1998). M.P Ricardo Hoyos Duque. Expediente No. 10397.

Consejo de Estado, Sección Tercera (31 de mayo de 2007). M.P Enrique Gil Botero. Expediente No. 16898.

Constitución política de Colombia de 1991.

Convención de Viena sobre los Tratados Internacionales (1969).

Corte Constitucional Colombiana. (1992). *Sentencia T-424*.

Corte Constitucional Colombiana. (1992). *Sentencia T-522*.

Corte Constitucional Colombiana. (1992). *Sentencia T-596*.

Corte Constitucional Colombiana. (1993). *Sentencia T-388*.

Corte Constitucional Colombiana (1994). *Sentencia T-420*.

Corte Constitucional Colombiana. (1996). *Sentencia T-705*.

Corte Constitucional Colombiana. (1996). *Sentencia T-714*.

Corte Constitucional Colombiana. (1998). *Sentencia T-153*.

Corte Constitucional Colombiana. (2002). *Sentencia T-881*.

Corte Constitucional Colombiana. (2010). *Sentencia T-690*.

Corte Constitucional Colombiana. (2011). *Auto 041*.

Corte Constitucional Colombiana (2011). *Sentencia T-062*.

Corte Constitucional Colombiana. (2011). *Sentencia T-213*.

Corte Constitucional de Colombia (2013). *Sentencia T-266*.

Corte Constitucional Colombiana (2013). *Sentencia T-815*.

Corte Constitucional Colombiana. (2013). *Sentencia T-861*.

Corte Suprema de Justicia Colombiana (4 de abril de 1968), Sala de casación civil, M.P: Dr. F.Hinestrosa.

Cupis, A. (1970). *En El daño*. Barcelona: Casa Editorial Bosch.

Decreto 1141 de 2009; Por el cual se reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

Defensoría del Pueblo (2000). *Octavo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Colombia: Bogotá D.C.

Defensoría del Pueblo (2001). *Noveno Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Colombia: Bogotá D.C.

Defensoría del Pueblo (2002). *Decimo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Colombia: Bogotá D.C.

Defensoría del Pueblo (2004). *Decimosegundo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Colombia: Bogotá D.C.

Defensoría del pueblo de Colombia & Profamilia (2007). *Módulo de la A a la Z en derechos sexuales y reproductivos*. Bogotá: Torreblanca Agencia Grafica- Oscar coca.

Defensoría del Pueblo (2009). *Decimosexto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Colombia: Bogotá D.C.

Defensoría del Pueblo (2011). *Decimoctavo Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Colombia: Bogotá D.C

Defensoría del Pueblo (2012). *Decimonoveno Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República*. Colombia: Bogotá D.C

Defensoría del Pueblo. (2014). *Vigésimo Primer Informe Del Defensor Del Pueblo de Colombia al Congreso De La República*. Colombia: Bogotá D.C.

Duncan, N. (1999, Octubre) WMA to Tackle Adverse Health Conditions in Prisons, del sitio Web: Biblioteca Universia: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/wma-to-tackle-adverse-health-conditions-in-prisons/id/18084155.html

Escobar, R. (1989). *En Responsabilidad Contractual de la administración Pública*. Bogotá: Temis.

Fajardo, M., Gómez, G., Morelli, S., Gómez, I., Uribe, J., Pinedo, H., *Memoria Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011*. Colombia.

Foucault, M. (1981). *En Vigilar y Castigar*. México: Biblioteca Nueva.

Gallego, E., Posada, J., Escobar R. (2013). *Delito y tratamiento penitenciario en el contexto de los derechos humanos*. Medellín: Ediciones UNAULA.

Gil Botero, E. (2011). *Tesaurus de responsabilidad extracontractual del estado, jurisprudencia 1991-2011*. Colombia: Temis.

Gómez, R. (2000). *En Bellavista Mito o Realidad*. Medellín: Impresos litográficos personalizados Siglo 3000.

Henao, J. (1998). *En El Daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Instituto Penitenciario y Carcelario (2013). *Glosario Penitenciario*. Recuperado de: <http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/Institucion/Estad%EDsticas/Estadisticas/Operaci%F3n%20Estad%EDstica/Glosario%20de%20T%E9rminos%2025%20de%20septiembre%20de%202014.pdf>

Ley 13 de 1945.

Ley 74 de 1968.

Ley 16 de 1979.

Ley 70 de 1986.

Ley 65 de 1993.

Ley 409 de 1997.

Ley 599 de 2000.

Ley 906 de 2004.

Ley 1709 de 2014.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos. (2004). *Los Derechos Humanos y las Prisiones*. New York, USA.

Organización Mundial de la Salud (2013). Derecho a la salud. Recuperado de: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>

Personería de Medellín (2009). Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Medellín. Colombia: Medellín.

Personería de Medellín (2010). Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Medellín. Colombia: Medellín.

Personería de Medellín (2012). Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Medellín. Colombia: Medellín.

Personería de Medellín (2013). Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Medellín. Colombia: Medellín

Pizarro, A. & Mendez, F. (2006). *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Aspectos sustantivos*. (1era Ed.). Panamá. Recuperado de: https://www.academia.edu/627787/Manual_de_Derecho_Internacional_De_Derechos_Humanos_-_Aspectos_Sustantivos

Presidencia de la República, Programa integral contra violencias de género & Universidad del Rosario (2011). Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 2005 – 2009. Derechos sexuales y reproductivos, derechos laborales y de seguridad social, derechos de las mujeres privadas de la libertad en cárceles y centros penitenciarios y derecho a la participación y acceso a espacios de decisión! Colombia: Bogotá. Recuperado de <http://www.equidadmujer.gov.co/oag/Documents/DERECHOS-MUJERES.pdf>)

Procuraduría General de la Nación (1995). *Informe sobre derechos humanos*. Colombia: Bogotá.

Programa integral contra violencia de género & Universidad del Rosario. (2011). *Los derechos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 2005-2009*. Colombia: Universidad Externado.

Rodríguez, L. (2011). *El Derecho Administrativo General y Colombiano*. (16ta. Ed.). Colombia: Temis.

Szasz, I., Salas, G., (Coordinadoras). (2008). *Sexualidad, derechos humanos y ciudadanía*. México D.F: Colegio de México.

Universidad San Buenaventura (2010). *Memorias III Simposio Penitenciario*. Editor Juan David Pardo Segura. Colombia: Medellín.

Velásquez, F. (2007). *Manual de Derecho Penal Parte General*, (3ra Ed.), Colombia: Comlibros. Medellín.