

Sentencia No. T-349/93

ACCION DE TUTELA-Informalidad

No podía darse trámite a la petición sin verificar que en efecto existía, pero tampoco podía ignorarse la posibilidad de que -habida cuenta de la informalidad propia de este instrumento de defensa- se estuvieran produciendo hechos violatorios de derechos fundamentales o que constituyeran amenaza contra los mismos. El resultado de la diligencia fue positivo y se halló que en verdad el recluso impetraba la protección judicial.

DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR/INVOLABILIDAD DE CORRESPONDENCIA

El derecho a la intimidad que junto con la libre locomoción y la inviolabilidad del domicilio, integra las garantías básicas reconocidas por la Constitución a la libertad del individuo, tiene una de sus más importantes expresiones en el secreto de la correspondencia y papeles privado. Las personas privadas de libertad no lo han sido de la garantía de inviolabilidad reconocida por la Constitución a su correspondencia y a las demás formas de comunicación privada.

ACCION DE TUTELA-Amenaza

No puede perderse de vista que la Constitución Política, en su artículo 86, al consagrarse los motivos por los cuales puede ejercerse acción de tutela, no se limita a prever hechos que impliquen violación de los derechos fundamentales sino que contempla la amenaza de los mismos como posibilidad cierta e inminente de un daño futuro susceptible de evitarse mediante la protección judicial. Hallarse amenazado un derecho no es lo mismo que ser violado. La amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla. La amenaza a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones.

NORMA DEROGADA/CODIGO PENITENCIARIO

La norma que daba lugar a una amenaza cierta y contundente sobre el derecho fundamental del peticionario está derogada y, por tanto, su inaplicación, hoy, además de innecesaria, resulta improcedente, en cuanto carece de objeto, situación totalmente distinta a la que tuvo ocasión de conocer el juez de tutela en su momento. No significa lo anterior que el derecho de los reclusos a la inviolabilidad de su correspondencia y comunicaciones en sus distintas formas haya principiado apenas a partir del nuevo estatuto carcelario. En realidad era la propia Constitución la que, al entrar a regir, había dejado sin vigencia el precepto en cuestión, pero su inexequibilidad no había sido declarada con efectos "erga omnes".

DERECHOS DEL INTERNO/BUSCAPERSONAS-Regulación



En cuanto la garantía constitucional comprende tanto las comunicaciones escritas de los reclusos como las verbales -entre las cuales están comprendidas las telefónicas- ella no comporta la posesión material de aparatos privados en el interior de las cárceles.

Sala Quinta de Revisión

Ref.: Expediente T-13211

Acción de tutela incoada por RAUL ANTONIO ARBOLEDA USUGA contra la Dirección de la Cárcel del Circuito de La Dorada -Caldas-

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., mediante acta del veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y tres (1993).

La Corte Constitucional, por intermedio de su Sala Quinta, procede a efectuar la revisión del fallo de tutela proferido el 20 de abril del año en curso por el Juzgado Primero Penal del Circuito de La Dorada -Caldas-, providencia mediante la cual se resolvió acerca del asunto en referencia.

I. INFORMACION PRELIMINAR

En el Juzgado Primero Penal del Circuito de La Dorada -Caldas-, fue recibido del correo un escrito sin firma, a través del cual RAUL ANTONIO ARBOLEDA USUGA, quien allí afirmaba ser interno de la Cárcel de ese Circuito, manifestó que ejercía la acción de tutela por sentir violado su derecho a la intimidad personal, pues las cartas enviadas por sus familiares eran abiertas por empleados del Centro Penitenciario.

El juez ordenó citar a la persona cuyo nombre aparecía en el mencionado escrito, que en efecto resultó ser recluso del establecimiento carcelario, con el fin de verificar la autenticidad del memorial.

Durante la diligencia, llevada a cabo el 15 de abril, logró establecerse que el accionante envió la petición por intermedio de una persona, quien la puso al correo, razón por la cual carecía del "sello de pase" de la Cárcel. Además, manifestó que había olvidado firmar.

Su solicitud se concretaba a impetrar una orden judicial para que no le fuera abierta la correspondencia, "porque tenemos derecho a la intimidad". Añadió

que las cartas eran abiertas por una enfermera encargada de cumplir dicha función, empleada que, según él, se burlaba del contenido de las misivas.

Consideraciones del Juzgado Primero Penal del Circuito

El análisis efectuado por el juez de primera instancia parte de la vigencia del Decreto 1817 de 1964, Régimen Carcelario vigente en ese momento, en virtud del cual se regulaban las funciones de los directores de centros penitenciarios. El artículo 56, literal h), del mencionado decreto dejaba a tales funcionarios la atribución de "leer o hacer leer por un empleado, bajo su responsabilidad, toda la correspondencia recibida o enviada por los presos, absteniéndose de dar curso a la que juzgue inconveniente".

Estimó el Juez de instancia que no se vulneró el derecho a la intimidad del accionante, pues en el establecimiento carcelario se estaba cumpliendo con una norma vigente y es deber de los servidores públicos darle aplicación a las disposiciones que regulan sus actividades. Añadió que la actitud asumida por las directivas del Centro Carcelario, y por la persona encargada de revisar la correspondencia, es un acto propio de sus funciones, razón por la cual se abstuvo de conceder el amparo solicitado.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

La Corte Constitucional es competente para efectuar la revisión del fallo cuyo resumen antecede, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Informalidad de la tutela

Se observa que en el caso materia de examen el escrito presentado al Despacho Judicial no tenía la firma del peticionario y ni siquiera la constancia de haber sido enviado en realidad desde el establecimiento carcelario en el cual aquel decía estar recluido.

Fue necesario, entonces, que el juez verificara la autenticidad del documento, llamando a interrogatorio al recluso cuyo nombre aparecía en él, a efectos de obtener su confirmación en torno a la tutela instaurada.

Obró bien el juez, pues no podía darse trámite a la petición sin verificar que en efecto existía, pero tampoco podía ignorarse la posibilidad de que -habida cuenta de la informalidad propia de este instrumento de defensa- se estuvieran produciendo hechos violatorios de derechos fundamentales o que constituyeran amenaza contra los mismos. El resultado de la diligencia fue positivo y se halló que en verdad el recluso ARBOLEDA USUGA impetraba la protección judicial.

Debe la Corte reiterar lo afirmado en otros casos acerca del carácter informal de la tutela:

"...acudiendo a la interpretación **teleológica** de las normas constitucionales, se halla fácilmente el sentido **protector** de la acción de tutela, al igual que su inconfundible orientación hacia el perfeccionamiento material de los derechos fundamentales (artículos 1, 2 y 86 de la Constitución, entre otros), que no se obtiene dentro de una concepción que rinda culto a las formas procesales, menos aún si ellas no han sido expresamente consagradas. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de velar por la **prevalencia del derecho sustancial**, tan nítidamente definida por el artículo 228 de la Carta Política.

La Constitución ha conferido la acción de tutela a todas las **personas**, es decir que no limita las posibilidades de acudir a ella por razones de nacionalidad, sexo, edad, origen de raza o capacidades intelectuales, razón por la cual es factible que la ejerzan los niños, los indígenas, los presos, los campesinos, los analfabetas y en general todo individuo de la especie humana que se halle dentro del territorio colombiano.

Riñe, entonces, con la naturaleza y los propósitos que la inspiran y también con la letra y el espíritu de la Carta, toda exigencia que pretenda limitar o dificultar su uso, su trámite o su decisión por fuera de las muy simples condiciones determinadas en las normas pertinentes". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo T-459 de 15 de julio de 1992).

La misma Sala destacó en otra oportunidad:

"...observa la Corte Constitucional que, por su misma índole, la acción de tutela no exige técnicas procesales ni requisitos formales propios de especialistas, ya que su función no puede asimilarse a la que cumplen las acciones privadas dentro de los esquemas ordinarios previstos por el sistema jurídico, sino que corresponde a la defensa inmediata de los derechos fundamentales. Su papel es ante todo el de **materializar** las garantías constitucionales y, por tanto, es de su esencia el carácter **sustancial** de su fundamento jurídico.

La instauración de las acciones de tutela no puede dar lugar al rigor formalista de los procesos ordinarios ni se puede convertir su admisibilidad y trámite en ocasión para definir si se cumplen o no presupuestos procesales o fórmulas sacramentales, ya que con ella no se busca establecer una "litis" sino acudir a la protección oportuna de la autoridad judicial cuando un derecho fundamental es lesionado u objeto de amenaza.

Así se consideró desde el comienzo en la Asamblea Nacional Constituyente, según puede verse en el informe-ponencia presentado a la Plenaria para primer debate, en el cual los Delegatarios Jaime Arias López y Juan Carlos Esguerra Portocarrero recalcaron: 'Estamos frente a un mecanismo excepcional y **sumario** para una protección **inmediata** de los derechos'." (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-501 del 21 de agosto de 1992).

Estos criterios permiten la efectiva gestión judicial orientada, como corresponde al Estado Social, hacia la efectividad de los derechos y garantías fundamentales (arts. 1 y 2 C.N.), pero no puede pasarse por alto el deber que tiene el juez de ejecutar su tarea sobre bases firmes y motivos serios. No podría, entonces, confundirse la anotada informalidad de la acción de tutela con la prescripción de todo elemento mínimo de juicio. Así, poner en movimiento el aparato judicial con fundamento en un documento sin firma, habría significado -si no hubiera mediado la prudencia del fallador- el riesgo de un desgaste inútil de la administración de justicia.

Inviolabilidad de la correspondencia

La Constitución Política declara en su artículo 1º que uno de los fundamentos del orden jurídico por ella instaurado radica en el respeto de la dignidad humana. Según el artículo 5º eiusdem, el Estado reconoce, "sin discriminación alguna", la primacía de los derechos inalienables de la persona. Al tenor del artículo 2º, uno de los fines esenciales del Estado consiste en garantizar los derechos y deberes consagrados en la Constitución y la misma norma confía a las autoridades públicas la función de proteger "a todas las personas residentes en Colombia" la integridad de sus derechos y libertades.

Toda persona dispone, por su misma naturaleza, de una esfera íntima dentro de la cual puede refugiarse, impidiendo que los demás tengan acceso a ella pues corresponde de manera exclusiva e inalienable a su individualidad. El derecho a ese ámbito propio es uno de los **fundamentales** en cuanto inherente a la persona humana y goza de expresa protección constitucional.

Como apunta Georges Burdeau en su obra "Las Libertades Públicas", si hay un derecho inscrito en la naturaleza del hombre, ese es ante todo aquel de hacer de su casa y de su correspondencia lugar y motivo de deleitación y de paz.

Lo **íntimo** (del lat. **intimus**) es definido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua como "lo más interior o interno".

La **intimidad**, por su parte, tiene, según la misma obra, el significado siguiente: "Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia".

Lo **privado**, según J. Corominas (Diccionario Crítico Etimológico Castellano e Hispánico, Madrid, Editorial **Gredos**, 1985, Vol. IV, Pág. 655) tiene el sentido de "apartado, particular". Es derivado de **privar**, del lat. **privare**, "apartar (de algo)". Spitzer señala, entre varios orígenes etimológicos del término, las palabras **privat**, "en secreto" y **á privé**, "en particular, en la intimidad". A la luz del Diccionario de la Real Academia, el término **privado** tiene, entre otras, las siguientes acepciones: "2. Que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna. 3. Particular y personal de cada uno".

El artículo 15 de la Constitución Política establece que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y que el Estado debe respetarlo y hacerlo respetar. Según la misma disposición, la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que contempla la ley.

La jurisprudencia constitucional ha subrayado, al interpretar el alcance del artículo en mención, el carácter fundamental de los derechos que consagra:

"...se protege la intimidad como una forma de asegurar la paz y la tranquilidad que exige el desarrollo físico, intelectual y moral de las personas, vale decir, como un derecho de la personalidad.

Esta particular naturaleza suya determina que la intimidad sea también un derecho general, absoluto, extrapatrimonial, inalienable e imprescriptible y que se pueda hacer valer "*erga omnes*", vale decir, tanto frente al Estado como a los particulares. En consecuencia, toda persona, por el hecho de serlo, es titular a priori de este derecho y el único legitimado para permitir la divulgación de datos concernientes a su vida privada. Su finalidad es la de asegurar la protección de intereses morales; su titular no puede renunciar total o definitivamente a la intimidad pues dicho acto estaría viciado de nulidad absoluta". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia T-414 de junio de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón).

(...)

"Todas aquellas conductas de agentes estatales o de particulares en cuya virtud se traspasen los límites de la intimidad, bien se trate de los que circundan el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, ya de los que preservan la privacidad del núcleo familiar, lesionan un derecho fundamental cuya consagración positiva es apenas el reconocimiento de una normal condición de convivencia humana y un elemento imprescindible para que se pueda hablar de **libertad** en el sentido de aptitud de decisión sobre los propios actos sin coacción externa.

La descripción de Orwell en el campo literario muestra con nitidez el efecto que se produce en el ánimo del individuo como consecuencia de la total exposición a la vigilancia de otros inclusive en lo que atañe a los más insignificantes actos de la vida cotidiana: "Siempre los ojos que os contemplaban y la voz que os envolvía. Despiertos o dormidos, trabajando o comiendo, en casa o en la calle, en el baño o en la cama, no había escape. Nada era del individuo a no ser unos cuantos centímetros cúbicos dentro de su cráneo"

El respeto a este derecho supone, desde luego, el de la dignidad de la persona humana (artículo 5º de la Constitución), que no puede desconocerse ni postergarse en aras de intereses económicos o publicitarios, y -claro está- el de la familia como institución básica de la

sociedad (artículos 5º y 42), en cuanto uno y otro corresponden a postulados de nuestro Derecho Público que se erigen en pilares de la actividad oficial y privada, razón que fundamenta el especial celo del Constituyente al proveer sobre su guarda.

La persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aún los más allegados, el respeto a su soledad en ciertos momentos, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva. Si ello ocurre en el interior de la familia, dentro de la cual se presume que existe la máxima expresión de confianza, tanto más se explica y justifica éste derecho en cuanto alude a personas extrañas a esa unidad aunque sean conocidas o existan respecto de ellas relaciones de amistad, compañerismo, subordinación o superioridad y con mucho mayor fundamento si se trata de conglomerados, aunque sean reducidos (vgr. colegio, universidad, empresa, barrio) y con mayor razón frente a comunidades de grandes dimensiones (vgr. pueblo, departamento, país).

La protección constitucional de este derecho, que hoy es expresa en nuestra Carta con toda la amplitud que le corresponde, guarda relación con principios consagrados de tiempo atrás como la inviolabilidad del domicilio (artículo 23 de la Constitución de 1886) y la prohibición de interceptar la correspondencia confiada a los correos y telégrafos salvo mandato judicial con arreglo a la ley (artículo 38 Ibídem). Estas dos formas de garantizar el reducto íntimo de la persona y la familia están consignadas, también como derechos fundamentales, en los artículos 28, inciso 1º, y 15, inciso 3º, de la Carta vigente, aplicables en relación con los más modernos adelantos de las telecomunicaciones. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-611 del 15 de diciembre de 1992).

En Sentencia T-538 del 23 de septiembre de 1992 expresó la Corte que el enunciado derecho constituye la forma de proteger a la persona y a la familia, manteniendo la privacidad y evitando que su vida privada llegue a traspasar una barrera de mínima protección, ya que el conocimiento público de aquella implicaría daño a su tranquilidad.

La protección jurídica a la intimidad implica amparo positivo a la **vida privada**, tanto en la fase individual como en la familiar, en cuanto ella constituye factor insustituible de libertad y autonomía. La exposición a la mirada y a la intervención de otros afecta un espacio de suyo reservado y propio, toda vez que alude a elementos de interés exclusivamente particular.

El derecho a la intimidad que junto con la libre locomoción y la inviolabilidad del domicilio, integra las garantías básicas reconocidas por la Constitución a la libertad del individuo, tiene una de sus más importantes expresiones en el secreto de la correspondencia y papeles privado. Una y otros gozan, además, de protección penal, pues el Código vigente dispone en su artículo 228: "**Violación**

ilícita de comunicaciones. El que ilícitamente sustraiga, oculte, extravíe, destruya, intercepte, controle o impida una comunicación privada dirigida a otra persona, o se entere indebidamente de su contenido, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor". La norma agrega que, si el autor del hecho revela el contenido de la comunicación, o la emplea en provecho propio o ajeno o con perjuicio de otro, la pena será prisión de uno (1) a tres (3) años si se tratare de comunicación privada y de dos (2) a cinco (5) años si fuere oficial.

El principio general es la libertad del individuo y el Constituyente consideró que ella estaría mejor resguardada si su protección se confiaba a los jueces de la República. Es así como, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 de la Carta, el domicilio solo puede ser registrado en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente; mientras que la correspondencia y las demás formas de comunicación privada únicamente pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial (artículo 15 de la C.N.).

El secreto de las comunicaciones, garantizado por el precepto constitucional en cita, es considerado por la doctrina como un derecho individual resultado del *status libertatis* de la persona, que, como ya se dijo, garantiza a ésta un espacio inviolable de libertad y privacidad frente a su familia, a la sociedad y al Estado. La inviolabilidad de la correspondencia es apreciada en cuanto preserva el derecho de la persona al dominio de sus propios asuntos e intereses, aún los intranscendentes, libre de la injerencia de los demás miembros de la colectividad y, especialmente, de quienes ejercen el poder público.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos -"Pacto de San José de Costa Rica"- aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 74 1968, dispone en su artículo 11:

(...)

"2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

Esta garantía no constituye novedad en el ordenamiento jurídico nacional. La Constitución de 1858, establecía en el numeral 9 de su artículo 56 que la correspondencia no podía ser interceptada o registrada "sino por la autoridad pública, en los casos y con las formalidades prescritas por las leyes". La Carta de 1863 -artículo 15, numeral 13- disponía que la excepción a la inviolabilidad de la correspondencia solo procedía por la autoridad competente, para los efectos y con las formalidades que determinara la ley.

El Estatuto Fundamental de 1886, en su artículo 38 establecía el mismo principio y en él las circunstancias por cuya virtud las cartas y papeles privados

podían ser interceptados o registrados, estaban referidas a la mediación de una autoridad que debía actuar en cumplimiento de una orden de funcionario competente, en los casos y con las formalidades establecidas en la ley y con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

De acuerdo con lo señalado en el artículo 15, inciso 3º, de la Carta Política vigente desde 1991, para que la correspondencia pueda ser interceptada o registrada deben cumplirse tres condiciones, a saber:

1. Que medie orden judicial;
2. Que se presente alguno de los casos establecidos en la ley;
3. Que se cumplan las formalidades señaladas en la ley.

Es claro que la orden de exigencia judicial implica una clara y terminante exclusión constitucional de la autoridad administrativa, cuyas actuaciones en esta materia al igual que acontece con la libertad personal -salvo caso de flagrancia- (artículo 28 C.N.) y con la inviolabilidad del domicilio, están supeditadas a la determinación que adopte el juez competente. El Constituyente, al enunciar este principio, no estableció distinciones entre las personas por razón de su estado o condición, es decir que la Carta no excluyó de su abrigo a los reclusos, pues las penas privativas de la libertad no implican la pérdida del derecho a la intimidad personal y familiar ni tampoco la desaparición de un inalienable derecho a la privacidad de la correspondencia.

Los otros dos requisitos constitucionales han sido desarrollados en diversas normas de jerarquía legal. Así, el Código de Procedimiento Penal, cuando señala las circunstancias y formalidades para que ésta pueda ser interceptada o registrada, dispone en su artículo 347:

"Retención de correspondencia. El funcionario judicial podrá ordenar la retención de la correspondencia privada, postal o telegráfica que el imputado reciba o remita, excepto la que envíe a su defensor o reciba de éste.

La decisión del funcionario se hará saber en forma reservada a los jefes de las oficinas de correos y telégrafos y a los directores de establecimientos carcelarios, para que lleven a efecto la retención de la correspondencia y la entreguen bajo recibo al investigador".

El artículo 349 de la misma codificación autoriza la apertura de la correspondencia en los siguientes términos:

"La apertura de la correspondencia interceptada se dispondrá por medio de providencia motivada y se practicará con la presencia del imputado o su defensor".

Análisis del caso concreto

Visto que las personas privadas de libertad no lo han sido de la garantía de inviolabilidad reconocida por la Constitución a su correspondencia y a las demás formas de comunicación privada (art. 15 C.N.), podemos examinar el caso concreto del petente.

De acuerdo con lo manifestado por ARBOLEDA USUGA, le está siendo violado su derecho a la intimidad porque una empleada de la Cárcel del Circuito Judicial de la Dorada -Caldas-, abre la correspondencia que le envían sus familiares. A este respecto el señor JULIO HERNANDO CORTES VARGAS, Director Encargado del Centro Penitenciario, expresó que tal acto era realizado en atención a que entre las normas reguladoras de sus funciones se encuentra el Decreto N° 1817 de 1964, artículo 56, literal h), norma que facultaba a los directores de los establecimientos carcelarios para leer o hacer leer por un empleado, bajo su responsabilidad, toda la correspondencia recibida o enviada por los presos, absteniéndose de dar curso a la que juzgaran conveniente conforme a lo establecido en el mismo estatuto y remitiendo a la autoridad política o judicial, la que correspondiera o interesara a la una o a la otra.

En desarrollo de las mismas diligencias fue llamada a declarar la señora ROSALBINA SANCHEZ DE SAENZ, enfermera del centro carcelario, quien al ser interrogada acerca de sus funciones respecto de la correspondencia que llega para los internos, contestó: "Me asignó la directora Ana María Arango, abrir la correspondencia, leer la que entra y la que sale. Es decir, yo abro la correspondencia, la examino y si no veo nada anormal, la dejo pasar". La misma empleada, aludiendo a la correspondencia de RAUL ARBOLEDA USUGA, manifestó: "...nunca me ha tocado leer correspondencia que le llegué (sic) tampoco me he enterado que envíe".

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, no se encuentra que la correspondencia del accionante haya sido registrada o interceptada por funcionarios del centro de reclusión, es decir que no hay prueba suficiente para considerar que en realidad acaeció la vulneración del derecho constitucional fundamental.

La amenaza de los derechos fundamentales

Sin embargo, no puede perderse de vista que la Constitución Política, en su artículo 86, al consagrar los motivos por los cuales puede ejercerse acción de tutela, no se limita a prever hechos que impliquen violación de los derechos fundamentales sino que contempla la amenaza de los mismos como posibilidad cierta e inminente de un daño futuro susceptible de evitarse mediante la protección judicial.

Hallarse amenazado un derecho no es lo mismo que ser violado. La amenaza es una violación potencial que se presenta como inminente y próxima. Respecto de ella la función protectora del juez consiste en evitarla.

La **amenaza** a un derecho constitucional fundamental tiene múltiples expresiones: puede estar referida a las circunstancias específicas de una persona

respecto al ejercicio de aquel; a la existencia de signos positivos e inequívocos sobre el designio adoptado por un sujeto capaz de ejecutar actos que configuren la violación del derecho; o estar representada en el desafío de alguien (tentativa), con repercusión directa sobre el derecho de que se trata; también puede estar constituida por actos no deliberados pero que, atendiendo a sus características, llevan al juez de tutela al convencimiento de que si él no actúa mediante una orden, impidiendo que tal comportamiento continúe, se producirá la violación del derecho; igualmente pueden corresponder a una omisión de la autoridad cuya prolongación en el tiempo permite que aparezca o se acreciente un riesgo; también es factible que se configure por la existencia de una norma -autorización o mandato- contraria a la preceptiva constitucional, cuya aplicación efectiva en el caso concreto sería en sí misma un ataque o un desconocimiento de los derechos fundamentales. En este último evento, la utilización del artículo 86 de la Carta se cristaliza en la inaplicación del mandato o autorización inconstitucional en el caso particular, con arreglo al artículo 4º de la Carta, siempre y cuando se cumpla el requisito de la **incompatibilidad** entre los dos preceptos.

Al respecto debe tenerse en cuenta lo ya advertido por esta Corte en Sentencia No. T-614 del 15 de diciembre de 1992, proferida por su Sala Primera de Revisión:

"El artículo 4º de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.

Subraya la Corte el concepto de **incompatibilidad** como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe.

De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición flagrante con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "*erga omnes*" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas.

Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la **norma** -para cuyo anonadamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales (artículo 4º C.N.).

En cuanto a la acción de tutela, su función está delimitada por el artículo 86 de la Constitución. La finalidad que cumple, a la cual tiende el Constituyente desde el Preámbulo y reitera en varios preceptos de la Carta, tiene que ver con la protección cierta de los derechos fundamentales, a cuya transgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario que debe culminar, si se dan en el asunto planteado las condiciones constitucionales y legales, en una orden de inmediato cumplimiento para que quien viola o amenaza el derecho actúe o se abstenga de hacerlo.

Claro está, puede suceder que el ataque contra el derecho fundamental o la amenaza que se cierre sobre él provengan de la aplicación que se haya hecho o se pretenda hacer de una norma -legal o de otro nivel- que resulta incompatible con la preceptiva constitucional. En esa hipótesis es indudable que surge la posibilidad de ejercitar en forma simultánea la llamada excepción de inconstitucionalidad (artículo 4º C.N.) y la acción de tutela (artículo 86 Ibídem), la primera con el objeto de que se aplique la Constitución a cambio del precepto que choca con ella, y la segunda con el fin de obtener el amparo judicial del derecho.

Obsérvese, sin embargo, que la vigencia de la norma no se controvierte, ni tampoco se concluye en su inejecutabilidad o nulidad con efectos "*erga omnes*". Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación

particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general".

Ahora bien, como se ha manifestado, en el asunto que ahora se revisa no hay plena prueba que permita establecer la violación al secreto de la correspondencia. Lo que sí aparece demostrado es la **amenaza** a tal derecho pues al manifestar ROSALBINA SANCHEZ DE SAENZ que ella tiene como función leer las cartas que llegan para los internos, con arreglo a una disposición vigente cuando se instauró la acción, se colige que el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia que asiste al peticionario estaba siendo amenazado entonces, razón por la cual aquella estaba llamada a prosperar.

Pese a ello consideró el juez de primera instancia que el Director del Centro Carcelario no vulneró el derecho a la intimidad del accionante, sino que el funcionario actuó en cumplimiento de una norma vigente, vale decir el Decreto 1817 de 1964, artículo 56, literal h.

A este respecto la Sala considera, según lo expuesto, que en virtud del artículo 4º de la Constitución Política y ante la manifiesta incompatibilidad entre la norma legal y el artículo 15 de la Constitución, era el caso de inaplicar el literal h del artículo 56 del Decreto 1817 de 1964 y así ha debido hacerlo el fallador. Tal como se dejó establecido, la facultad para interceptar o registrar la correspondencia requiere del cumplimiento de tres condiciones y requisitos constitucionales de ineludible acatamiento, a las cuales no se aviene el contenido de la disposición mencionada, menos aún si de ellas se derivaba, además, para el caso de los reclusos, el desconocimiento palmario de la igualdad ante la ley expresamente garantizada en el artículo 13 de la Constitución.

Acontece que al momento de proferir este fallo de revisión, ha entrado en vigencia la Ley 65 del 19 de agosto de 1993 (publicada en el Diario Oficial número 40.999 del 20 de agosto), "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario", cuyo artículo 111, inciso 3º, dispone:

(...)

"Las comunicaciones orales o escritas previstas en este artículo podrán ser registradas mediante orden de funcionario judicial, a juicio de éste o a solicitud de una autoridad del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, bien para la prevención o investigación de un delito o para la debida seguridad carcelaria".

El artículo 174 del mismo ordenamiento señala que deroga todas las disposiciones contrarias y que rige a partir de la fecha de su promulgación, que lo es la ya indicada.

Así, pues, la norma que daba lugar a una amenaza cierta y contundente sobre el derecho fundamental del peticionario está derogada y, por tanto, su inaplicación, hoy, además de innecesaria, resulta improcedente, en cuanto carece de objeto, situación totalmente distinta a la que tuvo ocasión de conocer el juez de tutela en su momento.

No significa lo anterior que el derecho de los reclusos a la inviolabilidad de su correspondencia y comunicaciones en sus distintas formas haya principiado apenas a partir del nuevo estatuto carcelario. En realidad era la propia Constitución la que, al entrar a regir, había dejado sin vigencia el precepto en cuestión, pero su inexequibilidad no había sido declarada con efectos "erga omnes".

Ahora bien, la conducta observada por las directivas de la cárcel de La Dorada permite concluir que la tutela resulta pertinente para prevenir violaciones de los derechos fundamentales del petente, por cuanto si bien desapareció la norma que implicaba amenaza general para todos los internos, aún se desconoce la actitud que en concreto asumirá la Dirección del Penal.

En consecuencia, se revocará el fallo revisado y en su lugar se concederá la tutela solicitada.

Debe advertirse finalmente que, en cuanto la garantía constitucional comprende tanto las comunicaciones escritas de los reclusos como las verbales -entre las cuales están comprendidas las telefónicas- ella no comporta la posesión material de aparatos privados en el interior de las cárceles. Al respecto debe aplicarse la disposición contenida en el inciso cuarto del artículo 111 del Estatuto Carcelario, que dice:

"Por ningún motivo, ni en ningún caso, los internos podrán tener aparatos o medios de comunicación privados, tales como fax, teléfonos, buscaperonas o similares"

Desde luego, también ha de tenerse en cuenta que el derecho en cuestión no se opone a los debidos y necesarios controles que los establecimientos carcelarios tienen obligación de ejercer para impedir el ingreso de elementos o sustancias que pongan en peligro la seguridad interna, que atenten contra las vidas o la integridad de quienes conforman la comunidad carcelaria, o que faciliten el consumo de estupefacientes, la comisión de ilícitos o la fuga de presos, ni tampoco riñe con la facultad que el Código Penitenciario otorga a cada centro carcelario para darse su propio reglamento, en el cual puedan establecerse limitaciones razonables tendientes a mantener la disciplina y el orden (artículo 53 Ley 65 de 1993).

DECISION

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,



RESUELVE:

Primero.- REVOCAR, por las razones expuestas, el fallo proferido el 20 de abril de 1993 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de La Dorada -Caldas-, mediante el cual se resolvió sobre la tutela incoada por RAUL ANTONIO ARBOLEDA USUGA.

Segundo.- ORDENASE al Director de la Cárcel del Circuito de La Dorada -Caldas- abstenerse en el futuro, salvo orden judicial, de interceptar, disponer que se intercepte, registrar o hacer que se registre, leer o hacer leer la correspondencia privada dirigida al recluso RAUL ANTONIO ARBOLEDA USUGA, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15 de la Constitución Política y 111 de la Ley 65 de 1993.

Tercero.- Tendrá en cuenta el señor Director del mencionado centro carcelario que la transgresión a lo aquí dispuesto será sancionada, por cada vez que ocurra, en la forma prevista por los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- Líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA
CABALLERO
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

