

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP3889-2020

Radicación 764/ 110724

Acta 127

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO

Se pronuncia la Sala sobre las impugnaciones interpuestas por el Coordinador del Grupo de Tutelas de la DIRECCIÓN GENERAL DEL INPEC, el Director Jurídico del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC, contra el fallo proferido el 11 de mayo de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante el cual tuteló los derechos fundamentales a la salud, vida digna, igualdad y debido proceso invocados por RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ en contra del Presidente de la República, Ministerio de Justicia y del Derecho, Director del INPEC y Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá; actuación a la que vinculó a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, Director y Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del Complejo Metropolitano Carcelario “La Picota” y Fiduprevisora S.A.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna

de RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ fueron vulnerados por parte de las autoridades accionadas, en relación lo que se refiere a la garantía de distanciamiento físico en las condiciones prescritas por la Organización Mundial de la Salud.

ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante auto de 28 de abril de 2020 la Sala Penal del Tribunal de Bogotá, avocó el conocimiento del asunto, para lo cual dispuso vincular a las autoridades arriba mencionada a efectos de garantizar su derecho a la defensa y contradicción.

Posteriormente, el 6 de mayo de 2020 dispuso la vinculación oficiosa del jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica del COMEB La Picota Bogotá.

RESULTADOS PROBATORIOS

1. El Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, integrado por las sociedades Fiduprevisora y Fiduagraria S.A., dijo que su principal función era la administrar y pagar los recursos en el Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC. En dicha oportunidad indicó que carecía de legitimidad en la causa por pasiva dada su finalidad contractual y en la medida en que los servicios médico asistenciales se encuentran reservados a las entidades promotoras en salud y las empresas sociales del estado que conforman el sistema general de seguridad social en salud en el marco de la Ley 100 de 1993.

Además sostuvo que la tutela carecía del presupuesto de subsidiariedad en la medida en que se podía ejercer una acción popular como mecanismo para la protección de los derechos que propugnaba amparo por esta vía.

Expuso la adopción de medidas y protocolos sanitarios para la prevención de los escenarios de riesgo y propagación del COVID-19 contenidas en la directiva 000004 del 11 de marzo de

2020 por parte de la Dirección General del INPEC.

2. La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, en adelante USPEC, indicó que el accionante parte de falacias al considerar que al no salir del penal traerá como consecuencia indefectible la muerte, así como sostener que no se han tomado los correctivos necesarios para prevenir el posible contagio; cuando por el contrario las estadísticas mundiales demuestran que las probabilidades de decesos en contagios por COVID 19 solo resultan significativas en personas con patologías de base, que son justamente las condiciones de salud que se han incluido dentro del Decreto 546 de 2020. Así el riesgo de muerte es mínimo para quienes no tiene comorbilidades con otras patologías y claramente dependen del contagio, el cual se busca evitar con las medidas adoptadas al interior del centro carcelario.

Dio cuenta de que está en función del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC la implementación de la circular 000004 del 11 de marzo de 2020 proferida por el director de la entidad en todos los establecimientos de reclusión del país – ERON que se encuentran a su cargo. Sin dejar de lado que la USPEC, dentro del ámbito de sus competencias, ha venido adelantando las medidas que propenden por el bienestar, alimentación, salud y la infraestructura de las personas privadas de la libertad.

3. El Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá manifestó que mediante auto de 20 de abril de 2020 ofició al complejo penitenciario y carcelario de Bogotá a efectos de que éste remitiera la documentación relacionada para la verificación y estudio de la posible concesión de la prisión domiciliaria transitoria. Por lo anterior, solicitó negar la acción en tutela en la medida en que no ha vulnerado derecho fundamental alguno de HERNÁNDEZ VÉLEZ.

4. El Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho sostuvo que no le asiste razón al accionante al afirmar que las autoridades penitenciarias no han adoptado medidas tendientes a garantizar el derecho a la salud, pues contrario a tal argumento, se expidió el

Decreto 546 de 2020 como medida para combatir el hacinamiento, prevenir y mitigar el riesgo de contagio por COVID-19 atendiendo a las recomendaciones de la Organización Mundial para la Salud, prueba de ello es el reducido número de contagios respecto del volumen de la población reclusa.

FALLO IMPUGNADO

Fue proferido el 11 de mayo de 2020, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el que decidió:

Negar el amparo en relación con el Juzgado 2° de Ejecución de Penas de Bogotá y amparar respecto del Presidente de la República, Ministra de Justicia y del Derecho y los Directores del INPEC, COMEB “La Picota” y del USPEC, los representantes legales del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 y de la Fiduprevisora, y el jefe de la Oficina Asesora Jurídica del COMEB “La Picota”, frente a la protección de los derechos fundamentales del actor y les ordenó adoptar las medidas que sean necesarias para que a las personas privadas de la libertad en el COMEB-PICOTA se les garantice el distanciamiento físico en las condiciones prescritas por la Organización Mundial de la Salud.

Adicionalmente, en el numeral 3º le ordenó a la Oficina Asesora Jurídica del COMEB-PICOTA pronunciarse sobre la revisión preliminar acerca del cumplimiento de los requisitos del actor para acceder a la prisión domiciliaria transitoria.

LAS IMPUGNACIONES

Inconforme con la anterior decisión el (i) Coordinador del Grupo de Tutelas de la Dirección General del INPEC, la impugnó.

Expuso que se imponen ordenes que se encuentran fuera de su órbita funcional y legal, pues las mismas debieron ser dirigidas a la Fiduprevisora, USPEC y al Fondo Nacional de

Salud de las Personas Privadas de la Libertad, entidades que en el marco de sus competencias deben garantizar la atención integral de la población privada de la libertad, así como la entrega de elementos de protección y no el complejo carcelario de Bogotá ni la Dirección General del INPEC.

En segundo lugar, consideró que el a quo no valoró sus argumentos y esfuerzos dirigidos a proteger, prevenir y mitigar los efectos de la pandemia al interior de los establecimientos de reclusión en especial del Complejo Carcelario de Bogotá, por el contrario le impuso una orden imposible de cumplir física y materialmente, misma que se encuentra fuera de la realidad del país y la pandemia del COVID, además de desproporcionada teniendo en cuenta la crisis del sistema carcelario en Colombia y los altos índices de hacinamiento que no es posible solucionar en lo que refiere al distanciamiento social de un metro.

Expuso a detalle cada una de las medidas que se han adoptado por parte de la dirección general de la entidad a efectos de mitigar y prevenir el contagio de la población reclusa, mismas que refiere se encuentran acorde a las pautas expedidas por el Ministerio de Salud y las organizaciones internacionales en la materia.

Consecuente con ello, solicitó la revocatoria de la determinación o en su lugar se definan las competencias de cada entidad, incluyendo los entes territoriales, para el manejo de la contingencia en salud por la que atraviesa el país.

Por su parte el (ii) Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho dijo que la sentencia apelada incurre en un defecto fáctico y adicionalmente incurre en indebida motivación al no realizar un juicio de ponderación con otros valores y principios constitucionales que encajan en la realidad que atraviesa el país, razón por la cual demandó la revocatoria de la decisión al prescindir especialmente del análisis de los esfuerzos que ha desplegado el ejecutivo a efectos de proteger los derechos constitucionales de la población privada de la libertad.

En lo relacionado al defecto fáctico, expuso que se omitió la valoración de las pruebas que demuestran indefectiblemente que se han venido ejecutando acciones para la prevención del COVID en los reclusorios nacionales, no se valoró ninguna circular, resolución o lineamiento aportado como prueba, limitando su análisis a las medidas de sustitución domiciliaria incluidas en el decreto 564 de 2020.

En lo que atañe al defecto por indebida motivación dijo que el mismo se estructura sobre el hecho de que para sustentar su decisión el tribunal a quo no analizó los argumentos de la parte accionada, únicamente se limitó a hacer una descripción de algunos documentos relacionados con el derecho a la salud, sin cotejar y analizar los mismos sobre las medidas adoptadas por el sector justicia, nunca mencionó, en términos concretos, cuáles eran insuficientes, así como tampoco propuso una solución al problema.

Aunado a esto mencionó que tanto el acto de declaratoria de emergencia como los decretos que contienen las medidas tomadas solo pueden ser estudiados conforme a su constitucionalidad, legalidad, conveniencia y oportunidad, señalados en el artículo 215 de la [Constitución Política](#) de Colombia, quedando en tiempos de excepción y en consideración a los mismos, excluida de dicha facultad a los jueces de tutela.

Conforme a lo anterior, solicitó revocar la determinación apelada o en su lugar negar las pretensiones respecto de la cartera ministerial.

La (iii) Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC, disidente de la determinación la impugnó al considerar que dentro del marco de sus competencias ha realizado actividades y adoptado planes para prevenir, detectar, contener y en su momento tratar la enfermedad viral en los establecimientos penitenciarios y carcelarios a cargo del INPEC, a fin de salvaguardar la vida y la salud de la población privada de la libertad.

Refirió además que la USPEC no es una institución prestadora de salud ni una empresa promotora de salud, su único objetivo es gestionar y operar el suministro de bienes y

prestación de los servicios a los establecimientos a cargo del INPEC. Expuso las medidas de saneamiento básico y entrega de material de aseo personal y limpieza de los pabellones y de las áreas de posible contagio, con todo consideró que ha desplegado las acciones tendientes a evitar el contagio de la enfermedad denominada COVID-19.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra la sentencia adoptada en primera instancia el 11 de mayo de 2020, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, al ser su superior funcional.
2. El inciso 2º del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, establece que el juez que conozca de la impugnación estudiará el contenido de la misma, cotejándolo con el acervo probatorio y con el fallo. Si a su juicio este carece de fundamento, procederá a revocarlo, mientras que si lo encuentra ajustado a derecho lo confirmará.
3. Dispone el artículo 86 de la [Constitución Política](#), y así lo reitera el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando sean amenazados o vulnerados por la conducta activa u omisiva de las autoridades públicas o de los particulares. Se caracteriza por ser un trámite subsidiario e informal que tiene lugar ante la ausencia de otro medio de defensa o su falta de idoneidad, o excepcionalmente para evitar un perjuicio irremediable.
4. El análisis en esta sede se limitará a los motivos de impugnación, pues en relación a la solicitud de concesión del subrogado de prisión domiciliaria transitoria, se ordenó por parte que la Oficina Asesora Jurídica del establecimiento carcelario examinara el cumplimiento de los requisitos del accionante para acceder a la misma, sin que ello fuere controvertido por ninguna de las partes, como tampoco fue objeto de apelación la actuación del juzgado de

penas.

5. En primer lugar debe decirse que si bien se acude a la acción de tutela por medio de una agencia oficiosa que para el caso de RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ, se fundamenta por estar privado de su libertad, dicha particularidad por si misma conduciría al rechazo de la demanda; sin embargo, en los eventos en los cuales el titular de los derechos fundamentales se halle imposibilitado para promover su propia defensa, puede actuar a su nombre un agente oficioso, siempre y cuando demuestre, al menos de forma sumaria, la limitante física o psíquica que le impide actuar al directamente afectado o a su representante judicial (en ese sentido, ver CSJ STP17015 – 2017 y CSJ STP15729 – 2017).

6. Bajo este respecto, esta Sala de tutelas ha considerado morigerar tales condicionamientos¹, en atención a la coyuntura actual en la que se encuentra el territorio nacional derivada de la declaratoria de emergencia social y económica por cuenta del denominado coronavirus, que entre otras medidas dispuestas por el Gobierno Nacional, trajo consigo el aislamiento social preventivo obligatorio y la restricción de la movilidad de los ciudadanos.

6.1. En este caso, tratándose de una persona privada de la libertad y atendiendo a la situación actual, la Sala de manera excepcional flexibilizará los requisitos para la interposición de la acción de tutela, debido a que resulta razonable permitir que el actor acuda a la acción de amparo a través de la agente oficiosa.

7. En esta oportunidad, las entidades recurrentes de manera similar reprochan la orden impartida a efectos de salvaguardar el derecho a la salud del accionante, pues afirman que dentro del marco de sus competencias y modelos asistenciales para la prestación de servicios médicos a la población reclusa en la pandemia denominada COVID-19, han implementado diversos mecanismos para contener, prevenir y controlar la llegada, avance o propagación del virus en los establecimientos penitenciarios y carcelarios a cargo del INPEC;

luego distan de las apreciaciones del a quo, al sostener que no se valoraron los esfuerzos institucionales y las medidas adoptadas, únicamente el fallo se limitó a exponer las particularidades señaladas en la demanda sin cotejarlo con las pruebas aportadas.

8. El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud- OMS, declaró el actual brote de enfermedad por coronavirus COVID-19 como una pandemia, razón por la que mediante Resolución 385 de 12 de marzo de 2020 el ministro de Salud y Protección Social, declaró el estado de emergencia sanitaria y en virtud de la misma adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del virus. Sin embargo ante la insuficiencia de las medidas ordinarias y la sobreviniencia e imprevisibilidad de la situación el Presidente de la República declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional mediante el Decreto 417 de 2020, con el ánimo de conjurar la grave calamidad pública que afecta el país.

8.1 De cara a la emergencia social decretada por el Ministerio de Salud, se ordenó a las autoridades del nacionales de acuerdo a su naturaleza y ámbito de su competencia la implementación de un plan de contingencia, razón por la que la Dirección General del INPEC expidió la directiva 000004 del 11 de marzo de 2020 por medio de la cual se impartieron directrices para la prevención e implementación de medidas de control ante casos probables y confirmados por COVID-19.

8.2 Entre las medidas adoptadas se encuentra la implementación de manera permanente (i) el lavado de manos, (ii) el correcto uso de los elementos de protección personal: mascarillas, tapabocas convencionales, (iii) iluminación de espacios, (iv) distanciamiento físico: no saludar de beso, abrazo ni de mano, (v) fortalecimiento e intensificación de la vigilancia de la infección respiratoria aguda, (vi) realización de búsqueda activas de casos probables con sintomatología respiratoria de manera regular, (vii) divulgación de la información sobre el uso adecuado de tapabocas antes el ingreso a los ERON o dependencias del INPEC, (viii) descarga en los teléfonos celulares del personal asistencia de la aplicación CoronaApp del

Instituto Nacional de Salud.

Además de eso se impartieron directrices para el manejo de casos probables de COVID-19 y la toma de medidas para casos de brote.

Con posterioridad se emitió la resolución 001144 de 22 de marzo de 2020 por medio de la cual se declaró el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en los establecimientos penitenciarios.

En orden cronológico se expidieron las siguientes directrices, circulares, oficios y resoluciones con el fin de mitigar la expansión del virus, así:

- i. Directriz contractual 2020IE 0054758 de 25 de marzo de 2020.
- ii. Resolución 001274 de 2020 de 25 de marzo de 2020- declaratoria urgencia manifiesta INPEC.
- iii. Circular 0009 de 26 de marzo de 2020.
- iv. Oficio 2020IE0057256 de 31 de marzo de 2020.
- v. Circular 0016 de 7 de abril de 2020.
- vi. Oficio 202IE 00620016
- vii. Circular 00019 de 16 de abril de 2020.

9. Además de la exposición normativa expedida por el INPEC; el Ministerio de Justicia y del Derecho sostuvo que medidas como las adoptadas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 546 de 2020, se implementaron justamente, en atención a las recomendaciones

hechas por la Organización Mundial de la Salud, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Organización de las Naciones Unidas, a efectos de reducir la sobrepoblación en los centros de detención como medida de contención de la pandemia, atendiendo de manera preferencial, a quienes hacen parte de grupos en situación de vulnerabilidad.

Acorde con ello y en atención a las recomendaciones expedidas a través de la Alta Comisionada de los Derechos Humanos, se adoptaron medidas por parte del ejecutivo que responden a un análisis proporcional, en cuanto cobijan a personas que cometieron delitos de bajo impacto y no violentos, por lo cual el riesgo para las víctimas es menor, al mismo tiempo que se protegieron los derechos a la vida y a la salud, especialmente de las personas con alto riesgo de fallecer por el contagio del virus (como adultos mayores, personas con VIH o enfermedades respiratorias, entre otras)

Con base en dichos argumentos consideró que el Decreto 546 de 2020 contiene razones humanitarias de fondo que se hallan justificadas por diversos organismos internacionales, entre ellos, la Organización Mundial de la Salud.

10. Adicionalmente, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, desarrolló planes y actividades de contingencia para prevenir, detectar, contener y en su momento tratar la enfermedad en los establecimientos penitenciarios y carcelarios a fin de salvaguardar los derechos y garantías de la población privada de la libertad; instrucciones dirigidas al gerente del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019.

10.1 Todas ellas conforme a los lineamientos emitidos por parte del Ministerio de Salud y Protección Social a efectos de intensificar las medidas de bioseguridad y garantizar los suministros requeridos para disminuir el riesgo de transmisión de infección respiratoria aguda, garantizando por parte del personal de sanidad el suficiente suministro de insumos dentro de los establecimientos de reclusión de orden nacional a fin de brindar los elementos necesarios para la atención de la población privada de la libertad en el marco de la

contingencia.

Se verificó además la gestión y entrega de suministros de saneamiento básico e insumos médicos, pruebas de detección de COVID, articulación de área de aislamiento preventivo y coordinación institucional para la asistencia médica de la población carcelaria.

10.2 En lo que atañe al hacinamiento carcelario y penitenciario y las medidas adoptadas para prevenir el contagio, se expuso el inicio de un plan ambicioso de restructuración, adecuación, mejoramiento, mantenimiento y creación de nuevos cupos en todos los establecimientos carcelarios del país, acorde con los recursos asignados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, las priorizaciones del Gobierno Nacional.

10.3 Afirmó que ha implementado medidas al interior de los establecimientos carcelarios, y es por ello que, en vista de que el virus es desconocido y actualmente no existe una cura, constantemente se monitorea el fenómeno con miras a mejorar la situación carcelaria del país, estableciendo medidas de conformidad con la ley para buscar una solución y, lineamientos para el control y prevención de casos por COVID que se pueden presentar al interior de los centros carcelarios.

Manifestó que como bien lo anotó la Corte Constitucional, el hacinamiento y las fallas del sistema penitenciario y carcelario son históricas, se remontan a décadas atrás y así mismo requiere la acción coordinada de varias instituciones del Estado, que progresivamente mejoren las condiciones de habitabilidad de los internos y a su vez redunden en la efectiva resocialización a la que apunta la pena.

Además de indicarse que tales medidas se encuentran acordes con los lineamientos de control, prevención y manejo de casos por COVID para la población privada de la libertad, mismas que en observancia a que el Ministerio de Salud aprobó el documento GIPSIO V02 cuyo propósito, comenta, es la garantía del derecho a la vida y a la salud de las personas privadas de la libertad en los centros penitenciarios y carcelarios de todo el país, se

orientan a la disminución del riesgo de transmisión del virus de humano a humano y servir de guía de actuación para el manejo de pacientes con enfermedades por coronavirus en los penales.

Ello conforme a la competencia legal de contratación, supervisión, prestación del servicio de salud, así como la entrega de elementos a las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC, sin embargo, las que se encuentran en estaciones de policía y URI son de competencia exclusiva del USPEC, Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL2019.

11. Resulta indiscutible que tratándose de población privada de la libertad se ha determinado que ésta se encuentra ante una especial sujeción frente al Estado, así lo ha considerado la Corte Constitucional, al sostener:

«En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión I.D.H.) ha sostenido que la subordinación del interno frente al Estado constituye “una relación jurídica de derecho público se encuadra dentro de las categorías ius administrativista conocida como relación de sujeción especial, en virtud de la cual el Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de la libertad (...)”.

Así, con la privación del derecho de libertad de un individuo nace una relación de especial sujeción entre el Estado y el recluso dentro de la cual surgen tanto derechos como deberes mutuos, fundamentándose “por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva y, por otro, el cumplimiento de las funciones de la pena y el respeto por los derechos de la población carcelaria»

11.1. Ahora bien, es menester precisar que el vínculo entre interno- Estado el cual debe atender a los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad, trae consigo

además de la subordinación del interno al Estado, el cumplimiento de otros postulados tales como:

«Este régimen, en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales, debe ser autorizado por la Carta Política y la ley.

Como derivación de la subordinación, surgen algunos derechos especiales, en cuanto a las condiciones materiales de existencia en cabeza de los internos.

El deber del Estado de respetar y garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales, en especial con el desarrollo de conductas activas.»

Tales postulados se encuentran en consonancia con lo preceptuado por dicha Corporación según la cual, a lo largo de sus pronunciamientos, ha establecido que en lo concerniente a personas privadas de la libertad, algunos de sus derechos fundamentales son suspendidos o restringidos mientras que otros se mantienen aún en estas condiciones. En esta línea jurisprudencial, se estableció:

«En su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado de manera reiterada 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»²

11.2. En este sentido y, como consecuencia de la relación especial de sujeción existente entre el recluso y el Estado es obligación de este último la garantía de aquellos derechos fundamentales que no son restringidos o suspendidos tales como la vida, la dignidad humana, la igualdad y la salud.

12. Evidente es entonces, que aun cuando RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ se encuentra en reclusión su derecho fundamental a la salud se mantiene incólume, siendo obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para la materialización de este derecho a través de las instituciones dispuestas para tal fin, garantizando que el recluso tenga acceso a los servicios médicos requeridos, entrega de insumos y herramientas de prevención y promoción para evitar el contagio por el COVID-19.

13. El artículo 66 de la Ley 1709 de 2014 ordenó al Ministerio de Salud y a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC-, la creación de un nuevo modelo de atención en salud para la población privada de la libertad, el cual sería financiado con recursos del Presupuesto General de la Nación.

13.1. Para ello, creó el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, al que encargó la contratación de la prestación de servicios de salud a todos los reclusos.

13.1.2. En desarrollo de lo anterior, la USPEC suscribió el contrato de fiducia mercantil de que trata la referida Ley 1709 de 2014 con el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, cuyo objeto es la administración de los recursos para la atención en salud de la población reclusa a cargo del INPEC.

13.2. Por su parte, el artículo 7º del Decreto 1142 de 2016, que modificó el artículo 2.2.1.11.3.2 del Decreto 1069 de 2015, establece que, en desarrollo de las funciones previstas en el Decreto 4150 de 2011, corresponde a la USPEC elaborar un esquema de auditoría para el control, seguimiento, monitoreo y uso racional de los servicios de salud por parte de los prestadores, así como realizar las actividades necesarias para garantizar la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad.

13.3. En el mismo sentido, la Resolución 3595 de 2016 que modificó la Resolución 5159 del 30 de noviembre de 2015, mediante la cual se adoptó el Modelo de Atención en Salud para la población privada de la libertad, dispone que la implementación de ese sistema corresponderá a la USPEC en coordinación con el INPEC.

13.4 En consecuencia, la obligación en cabeza de la USPEC de asegurar la provisión del servicio de atención integral en salud a las personas privadas de la libertad no se agota con la firma del contrato fiduciario con el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019.

13.5. En estos términos, el ente carcelario, por intermedio de la Dirección General del INPEC, USPEC y el Fondo de Atención en Salud PPL 2019, incluso el Ministerio de Justicia y del Derecho, han venido adoptando las medidas y protocolos sanitarios para la prevención de los escenarios de riesgo y propagación del virus al interior de las penitenciarías, todas ellas contenida en la Directiva 000004 del 11 de marzo de 2020.

14. Además de lo anterior, las estadísticas mundiales demuestran que las probabilidades de decesos en contagios por COVID 19 solo resultan significativas en personas con patologías de base, que son justamente las condiciones de salud que se han incluido dentro del Decreto 546 de 2020. Así el riesgo de muerte es mínimo para quienes no tiene comorbilidades con otras patologías y claramente dependen del contagio, el cual se busca evitar con las medidas adoptadas al interior del centro carcelario.

Lo cierto es que de las pruebas que se allegaron a la acción de tutela no se puede predicar

que al demandante se le esté vulnerando su derecho a la salud, pues contrario a ello las entidades accionadas, en especial la USPEC y la Fondo de Atención en Salud PPL probaron que han venido entregando elementos de limpieza, desinfección, medicamentos, insumos, capacitación y todos aquellos elementos y disposiciones traídas en las directrices que para tal efecto ha impartido el ejecutivo a efecto de prevenir y mitigar la propagación del virus.

15. Entre otras medidas que se han adoptado, acorde con las recomendaciones realizadas por el Gobierno Nacional Ministerio de Salud, Organización Mundial de la Salud, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (i) se ha restringido el ingreso de visitas familiares y amigos, pero garantizando el contacto virtual, (ii) se ha socializado con los internos la importancia de los protocolos de protección, uso permanente de mascarilla quirúrgica y convencional, lo cual es supervisado por el personal de salud y guardias, técnica del lavado de manos, no compartir elementos de uso personal, (iii) disponibilidad de servicios sanitarios, acceso a alimentos y evaluaciones de salud y/o seguimientos, (iv) suspensión de traslado entre pabellones y celdas, (v) aislamiento preventivo de quienes lleguen a presentar síntomas respiratorios y, (vi) suministro de elementos de protección, tanto a los internos como al personal de salud y custodia y vigilancia, entre otras.

16. Ante las referidas circunstancias, esta Sala considera que, contrario lo sostuvo el a quo, no se demostró que se haya trasgredido ni puesto en riesgo los derechos fundamentales invocados, en atención a que las medidas que se vienen implementando para evitar la propagación del virus COVID-19 por parte de las entidades accionadas, se ajustan, acorde con las condiciones actuales de reclusión del país, a las directrices emanadas desde la Presidencia de la República y el Ministerio de Salud y Protección Social, en virtud de su autonomía y competencia constitucional, las cuales en mayor parte devienen a las recomendaciones hechas por órganos internacionales expertos en la materia.

17. La situación de riesgo denunciada tan solo hace referencia a un hecho futuro e incierto aludido por la parte accionante para lograr la libertad o detención domiciliaria de su

representado y, además, nunca se estableció que los protocolos en ejecución al interior del establecimiento carcelario no sean idóneos ni eficientes para prevenir o mitigar los efectos del COVID - 19, máxime cuando se está presentando una disminución gradual en el hacinamiento del penal con el reconocimiento de los beneficios domiciliarios transitorios previstos en el Decreto 546 de 2020, lo que torna innecesaria la intervención del juez constitucional.

18. Lo anterior para significar que en efecto el a quo omitió valorar los esfuerzos y las medidas adoptadas por los organismos e instituciones accionadas, acorde con las pautas dadas por los expertos en la materia, lo que en efecto desestima los argumentos sobre los que el tribunal sustentó su amparo.

19. Por otra parte, la Sala no puede desconocer el terrible flagelo que azota las cárceles del país en cuanto al hacinamiento y la superpoblación se refiere, situaciones inhumanas que han llevado a la Corte Constitucional a declarar, incluso, un estado de cosas inconstitucional ante la flagrante violación de derechos fundamentales de los internos a raíz de esa problemática.

19.1. Bajo ese contexto, no podría la Sala escudar la orden de distanciamiento social sin desconocer la intervención que hizo la Corte Constitucional en los diferentes establecimientos penitenciarios del país para contrarrestar el hacinamiento del que son víctimas los internos. Una de las medidas es la aplicación de la regla del equilibrio decreciente, la cual desde un punto de vista formal, obliga a no recibir más internos hasta tanto el hacinamiento correspondiente no disminuya su cifra.

En punto de dicha regla, la Corte Constitucional se ha pronunciado así:

“En aquellos casos en los que se esté enfrentando una situación de hacinamiento grave y evidente, y hasta tanto no se disponga una medida que asegure una protección igual o superior, se deberá aplicar una regla de equilibrio decreciente, según la cual se permita el

ingreso de personas al establecimiento siempre y cuando no se aumente el nivel de ocupación y se haya estado cumpliendo el deber de disminuir constantemente el nivel de hacinamiento. Es decir, la regla de equilibrio decreciente, consiste en que sólo se podrá autorizar el ingreso de personas al centro de reclusión si y sólo si (i) el número de personas que ingresan es igual o menor al número de personas que salgan del establecimiento de reclusión, durante la semana anterior, por la razón que sea (por ejemplo, a causa de un traslado o por obtener la libertad), y (ii) el número de personas del establecimiento ha ido disminuyendo constantemente, de acuerdo con las expectativas y las proyecciones esperadas. La aplicación de esta regla permite asegurar, por una parte, la realización progresiva, efectiva y sostenible de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad, sin imponer el obstáculo que conlleva impedir por completo, y sin excepciones, que personas sindicadas o condenadas puedan ser remitidas a importantes centros de reclusión, hasta tanto no se solucione completamente el problema de hacinamiento”

9.1.4.2.2. Ahora bien, una vez se alcance la meta de tener un nivel de ocupación que no sea superior al cupo máximo que tiene el establecimiento, puede dejarse de aplicar la regla de equilibrio decreciente para pasar a aplicar, únicamente, una regla de equilibrio.

Es decir, no es necesario continuar disminuyendo el nivel de ocupación, pues ya no hay hacinamiento, pero se debe, mantener una regla de equilibrio, para impedir que esa crítica situación de sobrecupo vuelva a presentarse. Cuando un establecimiento se encuentre libre de hacinamiento y tenga plazas disponibles (no esté ocupado totalmente), podrá dirigirse de acuerdo a las reglas y políticas propias que establezcan las autoridades carcelarias correspondientes, sin tener que atender las reglas de equilibrio y de equilibrio decreciente.”³

19.2. Por consiguiente, contrariar tal mandato sería contravenir la misma Carta Política,

pues no se desconoce que la adopción de tales medidas por parte de la Corte Constitucional, implicó en la práctica, la aplicación y acentuación en su máximo del catálogo de derechos fundamentales respecto de las personas privadas de la libertad y lógicamente, su refuerzo a través de decisiones judiciales para contrarrestar el cúmulo de personas al interior de una cárcel.

20. Luego, el argumento sobre el que el a quo soportó el amparo, esto es el distanciamiento, deviene indiscutible de una situación incierta, difusa y materialmente imposible de cumplir, pues conforme se ha expuesto, las diferentes entidades del orden nacional han desarrollado, implementado y aplicado las recomendaciones dispuestas por los organismos internacionales expertos en la materia, la sola consecuencia del distanciamiento social, no implica el riesgo de contagio, pues además se ha dicho que se deben acudir a medidas de autocuidado, limpieza personal y vigilancia de casos de infección respiratoria aguda. Además conforme a la exposición de motivos de las entidades como el INPEC, se viene desplegando un protocolo de control al interior de los centros carcelarios a nivel nacional a efectos precisamente, de mitigar el impacto y riesgo de contagio.

20.1. Todo lo anterior deriva en que necesariamente se inadvirtió por parte del Tribunal un correcto análisis de las pruebas aportadas, lo cierto es que las medidas que se viene implementando resultan acorde y sujetas a directrices trazadas por el Gobierno Nacional a efectos de mitigar el riesgo. Sin que se haya detenido el juez constitucional a valorar las especiales circunstancias expuestas por cada una de las accionadas, lo que conlleva a que indefectiblemente se deba revocar el amparo dispuesto para en su lugar negar el mecanismo constitucional invocado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas No. 1, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. REVOCAR PARCIALMENTE la decisión impugnada, específicamente en relación a la orden emitida en el numeral 2º de la parte resolutive de esa providencia, que señaló : se adopten las medidas que sean necesarias para que a las personas privadas de la libertad en el COMEB-PICOTA se les garantice el distanciamiento físico en las condiciones prescritas por la OMS (Organización Mundial de la Salud), para en su lugar negar el amparo incoado por RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ, a través de agencia oficiosa.
2. CONFIRMAR en lo demás la sentencia de tutela recurrida.
3. NOTIFICAR a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. ENVIAR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cúmplase.

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. CSJ rad. 235 12 may 2020

2Este criterio ha sido reiterado en otras sentencias como T-1145 de 2005, T-077 de 2013, T-266 de 2013.

