

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP4223-2020

Radicación n°. 817/110772

Acta 134

Bogotá, D. C., treinta (30) 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 13 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 e igualdad, invocados por OMAR ALEJADRO SOLANO DÍAZ, a través de agente oficiosa, en contra de la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Director del -INPEC- y el Juzgado 20 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá; actuación que vinculó a la Dirección del Complejo Metropolitano Carcelario La Picota, al Defensor del accionante en el proceso de ejecución de penas, al Coordinador del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, a la Defensoría del Pueblo, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC- y al representante legal del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

Corresponde a la Sala determinar si los derechos fundamentales a la salud y vida digna de OMAR ALEJANDRO SOLANO DÍAZ fueron vulnerados por las autoridades accionadas, en atención a la presunta omisión relacionada con la adopción de medidas preventivas tendientes a mitigar el contagio del virus denominado COVID-19 entre la población privada de la libertad, específicamente con el distanciamiento al interior del centro carcelario donde se encuentra recluso.

ANTECEDENTES PROCESALES

Mediante auto de 7 de mayo de 2020 la Sala Penal del Tribunal de Bogotá avocó conocimiento de la acción de tutela y ordenó correr traslado a las autoridades accionadas y partes vinculadas, a fin de garantizarles su derecho de defensa y contradicción.

RESULTADOS PROBATORIOS

1. El Juzgado 20 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá indicó que despachó de manera desfavorable la solicitud de prisión domiciliaria presentada por el accionante en atención al incumplimiento de los requisitos contemplados en el artículo 38B del Código Penal.
2. El Juez Coordinador del Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá adujo que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor y que la notificación del citado auto se adelantó a través de la Oficina Jurídica del Establecimiento Carcelario.
3. El defensor de SOLANO DÍAZ manifestó que su actuación ante el Juzgado 20 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad siempre ha estado orientada a la protección de las garantías superiores del actor.

4. La Defensoría del Pueblo regional Bogotá informó que al consultar la situación jurídica del demandante, encontró que cuenta defensa técnica, por lo que bajo tal circunstancia debe prevalecer al intención del procesado de ser asesorado por su abogado contractual, quién además el 28 de febrero de 2020 presentó solicitud de prisión domiciliaria.

5. El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de su Director Jurídico, señaló que el INPEC y la USPEC han adoptado múltiples medidas tendientes a materializar las recomendaciones de la OMS (Organización Mundial de la Salud) y otras autoridades en materia de atención de la pandemia del COVID-19.

Que en virtud a ello, la Presidencia de la República declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional y expidió el Decreto Legislativo 546 de 14 de abril de 2020, por medio del cual concedió la detención preventiva y la prisión domiciliaria transitorias a las personas privadas de la libertad que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19.

Se emitió la Directiva No. 004 del 11 de marzo de 2020 mediante la cual el director del INPEC estableció los protocolos para prevenir la infección al interior de los centros de reclusión; el anexo 01 de dicha Directiva, que, entre otras cosas, suspendió todas las visitas del personal externo y ordenó adecuar lugares de aislamiento temporal dentro de los establecimientos de reclusión; la Resolución No. 001144 del 22 de marzo de 2020, por medio la cual el mencionado director declaró el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional del INPEC y la Resolución No. 01274 de 2020, emanada del Director del INPEC que permite la contratación directa para adquirir bienes y servicios necesarios para mitigar la emergencia.

Así las cosas, consideró que no le asiste razón al accionante cuando afirma que el Gobierno Nacional no ha adoptado las medidas necesarias para proteger sus derechos fundamentales, prueba de ello es que, a esa fecha, el número de contagios no era significativo respecto del

volumen de la población reclusa.

6. La apoderada del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 indicó que se han adoptado los correctivos necesarios para prevenir el posible contagio por COVID-19, al punto que emitieron sendas directrices para el manejo de residuos peligrosos, asepsia, abastecimiento de medicamentos y dispositivos médicos, estrategias de educación e información, medidas sanitarias, indicaciones de uso de mascarilla, exámenes de ingreso y suministro de artículos sanitarios y de aseo.

Por lo demás, alegó falta de legitimación en la causa por pasiva.

7. Los demás vinculados y accionados guardaron silencio durante el término de traslado.

FALLO IMPUGNADO

Fue proferido el 13 de mayo de 2020 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, a través de la cual declaró la improcedencia del amparo en relación con la solicitud de concesión de subrogados penales.

De otra parte, tuteló los derechos constitucionales a la salud, vida digna e igualdad, al considerar que las medidas adoptadas por las autoridades accionadas no han sido suficientes para evitar un posible contagio del virus denominado COVID-19, en atención al desconocimiento de las recomendaciones impartidas por la Organización Mundial de la Salud y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en especial lo relacionado con la entrega de elementos de limpieza personal y el distanciamiento físico de un metro entre uno y otro de los reclusos.

Expresamente ordenó:

«1º. Amparar los derechos fundamentales a la igualdad, vida digna y salud de Omar

Alejandro Solano Díaz. En consecuencia, ordenar al Presidente de la República, a la Ministra de Justicia y del Derecho, al Director del INPEC, al Director del Comeb – La Picota y a los Representantes legales de la USPEC y del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 que, en lo sucesivo, de manera coordinada y, dentro de los treinta (30) días posteriores a la notificación de este fallo, efectúen los actividades reales, efectivas, verificables y necesarias tendientes a la adhesión de normas de higiene; la gestión de la realización de los exámenes médicos sistemáticos para identificar el potencial riesgo de contagio y presuntos casos y del suministro adecuado de elementos básicos de prevención como tapabocas, jabones, alcohol, guantes y productos de limpieza; la realización de chequeos previos de ingreso; y, el distanciamiento mínimo de un metro con respecto a las demás personas privadas de la libertad, como forma de detener la propagación del virus, en concordancia con los lineamientos emitidos por la CIDH y la OMS, de conformidad con sus competencias legales».

LAS IMPUGNACIONES

Inconformes con la anterior decisión, la Dirección General del INPEC, el Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, manifestaron su deseo de impugnarla.

1. La Dirección General del INPEC destacó que la orden de tutela impuesta por la primera instancia desconocía su competencia funcional y legal, pues esas funciones son exclusivas de la FIDUPREVISORA., a pesar de que dentro del complejo penitenciario exista un área de sanidad, la misma es manejada por la FIDUPREVISORA; el personal de salud médico y asistencial también le compete a esa entidad, al igual que los insumos, materiales y medicamentos allí utilizados.

Por lo anterior, concluyó, quien debe garantizar la atención integral intramuros que requiere el accionante, así como la entrega de elementos de protección personal, es la

FIDUPREVISORA y no el Complejo Penitenciario y Carcelario, ni la Dirección General del INPEC.

2. El Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho sostuvo que ha venido cumpliendo con las recomendaciones no solo de la Organización Mundial de la Salud – OMS, sino también del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Explicó que para el efecto se han adoptado las siguientes determinaciones: i) Decreto 546 de 2020, para la «despoblación carcelaria», el cual está siendo revisado por la Corte Constitucional; ii) Directiva 004 de 2020 y sus anexos, sobre protocolos para prevenir la infección del COVID-19 en los centros de reclusión, explicado en párrafos anteriores; iii) Resolución 001144 de 2020, que facultó al Director del INPEC para adoptar las medidas que sean necesarias en el estado de emergencia; iv) Resolución 01274 de 2020, mediante la cual se declara el estado de urgencia manifiesta y se permite realizar traslados presupuestales al INPEC dirigidos a materializar la contratación de los elementos de protección necesarios en el contexto del COVID-19; v) Circular 019 de 2020 y sus anexos, sobre aplicación de lineamientos para el control, prevención y manejo de casos por COVID-19 en la población privada de la libertad; vi) Resolución 000197 de 2020 y sus anexos, que consagra criterios de la USPEC para la contratación directa con el objeto de prevenir, contener y mitigar los efectos del virus.

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

3. Finalmente, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios –USPEC manifestó 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, todo con el fin de

salvaguardar la vida y la salud de la población privada de la libertad.

Adujo además que se han implementado charlas educativas con las personas privadas de la libertad, el personal de Guardia y Administrativos de los ERON respecto a las medidas de protección del COVID 19, tales como: lavado de manos, utilización de tapabocas, de Alcohol Glicerinado y la adopción de la “Etiqueta de la Tos” (estrategia para educar a las personas para que cubran su boca y nariz antes de toser y estornudar, con el antebrazo o un pañuelo desechable o de tela).

Por lo anterior, solicitó revocar la decisión impugnada, pues ha actuado conforme a derecho en el marco de sus posibilidades, adoptando enormes medidas para la prevención del virus en los establecimientos carcelarios.

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 13 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, señala 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.

De otra parte, de conformidad con el artículo 86 de la [Constitución Política](#), y así lo reitera el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, 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.

3. El análisis en esta sede se limitará a los motivos de impugnación, pues la declaratoria de improcedencia del derecho al debido proceso relacionado con la negativa en la concesión del subrogado de prisión domiciliaria se ajusta al marco jurídico aplicable, además que no fue controvertido por ninguna de las partes.

4. En primer lugar, debe indicar esta Sala si bien se acude a la acción de tutela por medio de una agencia oficiosa que para el caso de OMAR ALEJANDRO SOLANO DÍAZ, se fundamenta por estar privado de su libertad, dicha particularidad por sí 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).

5. 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.

Por lo anterior, es viable flexibilizar los requisitos para la interposición de la acción de tutela mediante el instituto de la agencia oficiosa en favor de los derechos del demandante, solo en esta oportunidad y de manera excepcional.

6. Las entidades recurrentes reprocharon de manera similar 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 el marco de 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.

7. Pues bien, 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.

No obstante, ante la insuficiencia de las medidas ordinarias y la 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.

Ahora, de cara a la emergencia social decretada por el Ministerio de Salud, se ordenó a las autoridades 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.

Entre las medidas adoptadas se encuentra la implementación de manera permanente de: 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 Establecimientos de Reclusión de Orden Nacional o dependencias del INPEC, viii) descarga de la aplicación CoronaApp del Instituto Nacional de Salud en los teléfonos celulares del personal asistencia.

Además de lo anterior, se impartieron directrices para el manejo de casos probables de COVID-19 y la toma de medidas en casos de brote.

Posteriormente, 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.

8. 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 acogieron 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.

9. 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.

9.1. 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 abastecimiento 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 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.

9.2. 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.

9.3. 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 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 y se orienta 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 de la USPEC, Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019.

10. Es indiscutible que la población privada de la libertad 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»

10.1. En esta misma providencia, se consideró que este 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.

10.2. 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.

11. Evidente es entonces, que aun cuando OMAR ALEJANDRO SOLANO DÍAZ 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.

12. 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.

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.

12.1. 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.

12.2. 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.

12.3. 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.

12.4. 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.

12.5. En estos términos, el ente carcelario, por intermedio de la Dirección General del INPEC, la 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.

13. Además de ello, 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.

14. 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, se ha: i) restringido el ingreso de visitas familiares y amigos, pero garantizando el contacto virtual, ii) 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.

15. Ante las referidas circunstancias, esta Sala considera que, contrario lo sostuvo el Tribunal 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.

16. 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.

17. 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.

18. 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 por la flagrante violación de derechos fundamentales de los internos a raíz de esa problemática.

18.1. 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

18.2. 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.

19. 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 lo cierto es que 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.

19.1. Todo lo anterior deriva en que necesariamente se inadvirtió por parte del Tribunal un correcto análisis de las pruebas aportadas, pues lo cierto es que las medidas que se viene implementando resultan acordes 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 en ese sentido 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 el numeral primero de la decisión impugnada para en, su lugar negar el amparo invocado por OMAR ALEJANDRO SOLANO DÍAZ, por las razones consignadas en la anterior motivación.
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 may. 12 de 2020 y CSJ rad. 679 jun. 16 de 2020.

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

de 2013, T-266 de 2013.

3 Corte Constitucional Sentencia T 762-2015