

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP5475-2020

Radicación n.º 815/110770

(Aprobación Acta No. 161)

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veinte (2020)

VISTOS

Resuelve la Sala las impugnaciones formuladas por el COORDINADOR DEL GRUPO DE TUTELAS DEL INPEC, el DIRECTOR JURÍDICO DEL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y la JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA USPEC, contra el fallo de tutela proferido el 11 de mayo de 2020, a través del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concedió el amparo invocado por JENNIFER ANDREA ROZO MESA, en calidad de agente oficiosa de su esposo RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia en los siguientes términos:

La señora JENNIFER ANDREA ROZO MESA, obrando en calidad de agente oficiosa de RUBÉN

DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ –su esposo–, recluso en el COMEB-PICOTA, acudió a la acción de tutela contra el presidente de la república, la ministra de justicia y del derecho, el director del INPEC y la juez 2° de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá, con base en los hechos que la Sala, tras examinar toda la información acopiada, sintetiza de la siguiente forma:

1. El Juzgado 12 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante sentencia del 29 de agosto de 2016, condenó a RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ a la pena principal de 1 año y 4 meses de prisión, como autor responsable del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, por hechos ocurridos el 19 de agosto de 2015.
2. El día 28 de octubre de 2019, RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ fue capturado.
3. Con ocasión de la pandemia del COVID-19, el ministro de salud y protección social, por medio de la Resolución N° 385 del 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020.
4. El director general del INPEC, a través de la Resolución N° 001144 del 22 de marzo de 2020, declaró el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria.
5. Manifiesta que la alta comisionada para los derechos humanos de la ONU advirtió que, en aras de proteger la vida de los reclusos, se debe considerar la posibilidad de liberar a las personas privadas de la libertad, a la vez que la OMS (Organización Mundial de la Salud) emitió algunas directrices sobre el manejo de la pandemia en las cárceles.
6. Sin embargo, pese a las condiciones de salubridad y hacinamiento en las que se encuentra recluso su esposo, dice, los funcionarios demandados no han hecho ninguna gestión que le garantice la vida.
7. En tal virtud, pretende que se les ordene a las autoridades demandadas que protejan la

vida de su esposo, se tomen las medidas orientadas a garantizar la vida de las personas privadas de la libertad y se rinda un informe acerca del estado actual de salud de su esposo.

Reclama también que se les ordene a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad que rindan un informe sobre el estado de la ejecución de la pena y del otorgamiento de subrogados penales, y que se compulsen copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Seccional de la Judicatura.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concedió el amparo y negó frente al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, al considerar que no se estaban cumpliendo las recomendaciones, por parte de los accionados, frente a la crisis sanitaria producida por el COVID-19, las cuales controla su propagación y trata a los afectados por la pandemia.

Añadió que, se evidencia que a pesar de las condiciones de salubridad y hacinamiento en las que se halla RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ, las autoridades demandadas no han hecho ninguna gestión que le garantice su vida, y que, este hecho no fue controvertido por ninguno de los demandados.

Manifestó que, es claro que a RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ se le está vulnerando su derecho a la igualdad, y se está poniendo en riesgo su derecho a la salud y a la vida, sin que para su inmediata protección disponga de un medio de defensa judicial distinto a la acción de tutela

LA IMPUGNACIÓN

El Coordinador del Grupo de Tutelas del INPEC, solicitó que se revocara en su totalidad el fallo de tutela de primera instancia, y en su lugar, se declara la improcedencia de esta. Manifiesta que, el juez de primera instancia no tuvo en cuenta sus argumentos ni los esfuerzos que ha demostrado el INPEC por proteger, prevenir y mitigar los efectos de la pandemia al interior de los establecimientos de reclusión, y en especial, del centro carcelario en el que se encuentra el accionante; alega que por el contrario, se impuso al INPEC una orden imposible de cumplir física y materialmente y que se encuentra desproporcionada y fuera de la realidad que sufre el país y el mundo por la pandemia ocasionada por el COVID-19, teniendo en cuenta la crisis del sistema carcelario en Colombia, lo cual no es posible solucionar en cuarenta y ocho (48) horas como lo pretende el ad quo.

Agrega que, no se evidencia según el material probatorio aportado que las medidas y los protocolos llevados a cabo por las autoridades accionadas a fin de evitar el contagio del COVID-19 dentro del COBOG, sean insuficientes o erróneas para mitigar la propagación del virus que aqueja a toda la población colombiana y el mundo, pues, por el contrario, las mismas están acordes con las recomendaciones realizadas por la OMS, el Ministerio de Salud, el Gobierno Nacional, observándose que por parte del Consorcio PPL-2019 ha contratado servicios para el suministro de los elementos indicados por estas entidades a fin de atender la emergencia.

Expresa que, tampoco se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable que ponga en peligro los derechos fundamentales del accionante y que, es pertinente tener en cuenta el salvamento de voto dentro del fallo de primera instancia, presentado por el Magistrado Álvaro Valdivieso, donde expresa que el término de cuarenta y ocho (48) horas, es una obligación a lo imposible y no alcanzaría para conformar los comités respectivos.

El Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, solicita que sea revocada la decisión de primera instancia, ya que el Tribunal prescindió de los esfuerzos que viene realizando el Gobierno Nacional con el fin de proteger los derechos fundamentales de la

población privada de la libertad en los centros de reclusión del país. Lo anterior, teniendo en cuenta que se han expedido decretos, directrices, lineamiento y recomendaciones ajustadas a las sugerencias que organismos internacionales de protección a derechos humanos han emitido sobre la población carcelaria en el contexto del COVID-19. Siendo así, describe las herramientas jurídicas expedidas por el Ministerio, en pro de la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores que laboran en centros de detención y reclusión, así como también, de quienes se encuentran privados de la libertad en ellos, por lo tanto, expresa que estas herramientas jurídicas y las medidas tomadas en el marco de la contingencia, solo pueden ser estudiadas en cuenta a su constitucionalidad, legalidad, conveniencia y oportunidad, quedando en tiempos de excepción y en consideración a los mismos, excluida dicha facultad para los jueces de tutela.

Agrega que, el cumplimiento del fallo es inviable, toda vez que, es un hecho notorio, que el sistema penitenciario y carcelario se caracteriza por el hacinamiento existente desde hace más de veinte años.

El Jefe de la Oficina Jurídica de la USPEC alega que, no tiene competencia para atender lo ordenado por el fallo proferido en primera instancia, por cuanto los recurso del Fondo Nacional de Salud de las personas privadas de la libertad, solo pueden ser destinados normativa y presupuestalmente para la atención de las PPL a cargo del INPEC. Sin embargo, manifiesta que la USPEC ha realizado medidas extraordinarias como resultado de la presencia del COVID-19, de conformidad con los lineamientos dictados por el Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de prevenir y detectar el contagio del virus.

Finalmente, expresa que a partir del Decreto 4150 de 2011 es competencia de la USPEC, gestionar el suministro de servicios, bienes e infraestructura para el normal funcionamiento del INPEC, y que, en este sentido se trabaja articuladamente con esta entidad, donde se dan instrucciones con el fin de desarrollar actividades tendientes a prevenir y controlar posibles enfermedades que se puedan presentar por el manejo inadecuado del agua para el consumo

humano, manejo de basuras, control de plagas y consumo de alimentos inadecuados.

Las otras entidades accionadas, guardaron silencio frente a la impugnación del fallo de tutela de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver el recurso de impugnación interpuesto por el INPEC, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO y la USPEC, contra el fallo de tutela proferido el 11 de mayo de 2020, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

El inciso 2° 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 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.

El análisis en esta sede se limitará a los motivos de impugnación, pues 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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»

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»¹.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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, 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.

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.

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.

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.

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.

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.

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 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.”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.

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.

Todo lo anterior deriva en que necesariamente se inadvirtió por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá 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.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – EN SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 1, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. REVOCAR el fallo de tutela impugnado, para en, su lugar negar el amparo invocado por JENNIFER ANDREA ROZO MESA, en calidad de agente oficiosa de su esposo RUBÉN DARÍO HERNÁNDEZ VÉLEZ, por las razones consignadas en la anterior motivación.

2. NOTIFICAR a las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

1. ENVIAR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

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

2 Corte Constitucional Sentencia T 762-2015