

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

Magistrado Ponente

STP5680-2020

Radicación n.º 953/ 110900

(Aprobación Acta No.165)

Bogotá D.C., once (11) de agosto dos mil veinte (2020)

VISTOS

Resuelve la Sala las impugnaciones formuladas por la Dirección General del INPEC, el Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, la Apoderada del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 y la Apoderada del señor Presidente de la República del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, contra el fallo de tutela de 26 de mayo de 2020, a través del cual la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá concedió el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la vida y la igualdad de JAIRO ENRIQUE RÍOS ESPITIA.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Fueron recogidos en la decisión de primera instancia en los siguientes términos¹:

El 17 de febrero de 2011, el Juzgado Penal del Circuito de Lérída (Tolima), condenó a Jairo Enrique Ríos Espitia a la pena principal de 7 años, 2 meses y 12 días de prisión, tras hallarlo responsable, en calidad de coautor, del delito de Hurto Calificado y agravado, concierto para delinquir, porte ilegal de armas de fuego y municiones de defensa personal. Asimismo, lo condenó a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena principal. Además, le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y le otorgó la prisión domiciliaria.

El 13 de septiembre de 2012, el Juzgado 5º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá revocó la prisión domiciliaria.

El 21 de octubre de 2016, el Juzgado 15 executor asumió el conocimiento de la vigilancia de la pena. Refirió el accionante que en todo el territorio nacional se vive una emergencia sanitaria con ocasión de la pandemia del COVID-19; y que, a la fecha, los protocolos de prevención adoptados han sido insuficientes y persisten condiciones que impiden que la población reclusa tenga el Radicación: 110012204000 2020 01203 00 Accionante: Jairo Enrique Ríos Espitia Accionados: INPEC y Ministerio de Justicia y del Derecho 2 espacio vital suficiente para guardar distancia prudencial. Además, alegó que hay problemas en la atención en salud y perdura el hacinamiento.

Adujo que le restan 11 meses y 10 días para cumplir su condena, tiene 65 años y padece hipertensión. En consecuencia, solicitó amparar sus derechos fundamentales a la salud y la vida, y conceder la prisión domiciliaria.

EL FALLO IMPUGNADO

Mediante sentencia del 26 de mayo de 2020, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá concedió el amparo deprecado respecto del primer requerimiento motivado por el accionante en cuanto a la protección de los derechos fundamentales de la salud, la vida y la igualdad, tras considerar que las entidades accionadas los han vulnerado, dado a que no

han implementado el modelo de atención en salud de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 105 de la Ley 65 de 1993, modificado por el artículo 66 de la Ley 1709 de 2014, así como la falta de implementación de las medidas de bioseguridad, con el fin de evitar que la pandemia se propague aún más.

Adicionalmente, el titular del despacho arguyó que una vez la Organización Mundial de la Salud decretó el estado de pandemia por el COVID-19, cuyo primer caso se registró en Colombia el día 6 de marzo del 2020, se ordenó por parte del Estado a la Dirección General de INPEC que se tomaran todas las medidas necesarias para prevenir la propagación de esta enfermedad dentro de los Centros Penitenciarios y Carcelarios del País; razón por la cual, se expidió la Directiva N° 004 de 2020, mediante la cual se suspendieron las visitas a los privados de la libertad; se restringió el ingreso de personas privadas de la libertad que provinieran de las estaciones de policía o de centros de reclusión transitoria; se fijaron criterios para determinar un probable caso de COVID-19; se dieron recomendaciones para prevenir la infección y para el manejo de un caso confirmado de COVID-19; se establecieron procedimientos ante un caso probable, y se estatuyeron las acciones, como también las medidas urgentes de gestión de insumos, y finalmente a través de la Resolución N° 001144 del 22 de marzo de 2020, se declaró el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria.

Sin embargo; se estableció conforme a los elementos materiales de prueba que acompañaron el escrito de tutela, así como las respuestas allegadas por las autoridades accionadas, que dichas medidas no encuentran en la realidad, pues 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.

En segundo lugar, el a quo decidió declarar improcedente el presente mecanismo

constitucional en cuanto a la solicitud de prisión domiciliaria transitoria, por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial idóneo para la protección de los derechos que reclama, esto en atención a que el artículo 8º del Decreto 546 de 2020 estableció el procedimiento para que los condenados a pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario o carcelario, acudan ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para que dicha autoridad decida si son favorecidos al beneficio de la prisión domiciliaria transitoria.

Aun así, cuando el Juzgado 15 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá mediante auto del 12 de mayo de 2020 determinó negar la referida solicitud, dado que se encuentra excluido de tal beneficio de acuerdo con el artículo 6º del decreto 546 de 2020 - por estar incurso en el delito de concierto para delinquir agravado-, el actor podía interponer los recursos ordinarios que habilita la Ley en dichos casos, pues ante la ausencia del mismo, la acción de tutela no puede ser utilizada como un mecanismo para subsanar dicha falta.

LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, la Dirección General del INPEC, el Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC, la Apoderada del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 y la Apoderada del señor Presidente de la República del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, manifestaron su deseo de impugnarla.

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 del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, integrado por las Sociedades Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A.

Agregó que quien debe garantizar la atención integral intramuros que requiere la accionante, así como la entrega de elementos de protección personal, es la FIDUPREVISORA

en asocio con la USPEC y no el Complejo Penitenciario y Carcelario «COMEB – LA PICOTA», ni la Dirección General del INPEC.

Se refirió nuevamente a las medidas adoptadas por la dirección general frente a la prevención del coronavirus en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional y solicitó revocar la decisión impugnada.

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.

Adicionalmente sostuvo que se apartaba de la decisión del Tribunal en la medida que no tuvo en cuenta las competencias y funciones atribuidas a esa Cartera Ministerial, en especial las contenidas en el Decreto 1427 de 2017.

Conforme a lo anterior, solicitó revocar la determinación apelada o en su lugar negar las ordenes impartidas en su contra.

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.

El Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 hizo un resumen de las determinaciones adoptadas por el INPEC y las gestiones adelantadas por la USPEC en materia de políticas de prevención, control y manejo en caso de contagio del virus COVID-19 en la población privada de la libertad.

Bajo la premisa que se están impartiendo las instrucciones necesarias para la protección de los internos y que lo ordenado no le compete al Consorcio si no al INPEC y a la USPEC, solicitó su desvinculación del presente trámite constitucional.

La apoderada del presidente de la República y de la Nación – Departamento Administrativo

de la Presidencia de la República, adujo que la decisión del Tribunal no se soportó en un análisis técnico que permitiera inferir que con la orden impartida solucionarían problemas estructurales como el que actualmente afrontan las cárceles en el país.

Aseveró que las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional respecto de los centros de reclusión para la prevención del virus han sido eficientes y están destinadas a garantizar la vida de las personas privadas de la libertad.

Por otro lado, sostuvo que la acción de tutela no era la instancia para analizar la conveniencia, oportunidad, legalidad o constitucionalidad de las medidas tomadas para hacerle frente a la crisis generada por el COVID-19, pues tal función recaía exclusivamente en la Corte Constitucional, Corporación que incluso ya asumió su conocimiento mediante auto de 24 de marzo de la presente anualidad.

Bajo ese panorama alegó que la Presidencia de la República carecía de legitimación en la causa por pasiva, por lo que solicitó revocar la decisión emitida en su contra.

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 la Dirección General del INPEC, el Director Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, la Apoderada del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 y la Apoderada del señor Presidente de la República del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, contra el fallo de tutela de 26 de mayo de 2020 emitido por la Sala Penal del Tribunal Superior del 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, la vida e igualdad 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.

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.

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.

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»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.

9. Evidente es entonces, que aun cuando JAIRO ENRIQUE RÍOS ESPITIA 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 la reclusa 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 consecuencia, la obligación en cabeza de la USPEC es la 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.

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.

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 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

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 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 otro lado, en lo demás se confirmará la decisión censurada, pues concuerda esta Sala con el fallador de primera instancia, en cuanto a la declaratoria de improcedencia de la solicitud prisión domiciliaria, debido a que no se cumplió con el requisito constitucional de subsidiariedad, pues es un hecho notorio conforme al expediente de tutela, que aun cuando el Juzgado 15 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá determinó negar dicha petición el pasado 12 de mayo, dado que se encuentra excluido de tal beneficio de acuerdo con el artículo 6° del decreto 546 de 2020 -por estar incurso en el delito de concierto para delinquir agravado-; el actor podía habilitar los mecanismos ordinarios para obtener su pretensión tales como los recursos ordinarios de Ley que proceden para dicho caso.

En mérito de lo expuesto, LA SALA DE CASACIÓN PENAL, EN SALA DE DECISIÓN DE TUTELAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA NO. 1,

RESUELVE

1. REVOCAR los numerales primero y segundo de la decisión impugnada para en su lugar negar el amparo invocado por JAIRO ENRIQUE RÍOS ESPITIA, por las razones consignadas en

la anterior motivación.

2. CONFIRMAR en lo demás el proveído objeto de recurso de alzada.

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

3. 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 Cuaderno 1.

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