

FABIO OSPITIA GARZÓN

Magistrado Ponente

STP7008 – 2020

Tutela de 2ª instancia No. 1024/110966

Acta n° 144

Bogotá D. C., catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala las impugnaciones interpuestas por el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2019, YESID ROJAS MOSQUERA, JOHN FABER y GREGORIO MOSQUERA YATE, por agente oficioso, y el DEPARTAMENTO DEL META contra el fallo de tutela proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio el 20 de mayo de 2020, que amparó los derechos fundamentales a la salud y vida de la parte accionante y declaró improcedente las demás pretensiones.

A la presente actuación se vinculó de oficio a la Fiduprevisora, al Consorcio de Atención en Salud PPL 2019, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, el Instituto Nacional de Salud, la Gobernación y Secretaría de Salud del Departamento del Meta, la Alcaldía y Secretaría de Salud de la ciudad de Villavicencio, a las partes e intervinientes en los procesos penales adelantados contra los accionantes de radicados No. 503506000000201900008, 07 y 06, y a la Procuraduría General de la Nación.

ANTECEDENTES

Y

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Según los términos de la demanda de tutela, se destacan como hechos jurídicamente relevantes los siguientes:

1. Señaló el demandante que la Fiscalía General de la Nación adelanta los siguientes procesos penales de radicados: (i) 503506000000201900008 contra JOHN FABER MOSQUERA YATE por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos; (ii) 503506000000201900007 contra GREGORIO MOSQUERA YATE por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado, porte ilegal de armas y desplazamiento forzado, y (iii) 503506000000201900006 contra YESID ROJAS MOSQUERA por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado y porte ilegal de armas.

2. Indicó que desde abril de 2019 se encuentran reclusos en la Cárcel de Villavicencio, motivo por el cual no tienen la capacidad de ejercer la defensa propia de sus derechos.

3. Advirtió que la Fiscalía General de la Nación los acusó por pertenecer presuntamente a grupos ilegales, sin investigar cabalmente la comisión de los hechos, toda vez que no indagó sobre aquellos aspectos favorables, tal como lo establece el artículo 337, numeral 5, literal f) de la Ley 906 de 2004. Sumado a que los elementos materiales probatorios descubiertos por el ente acusador no logran acreditar la peligrosidad de que trata, en su criterio, el Decreto 546 de 2020, como tampoco la

responsabilidad penal de los procesados, lo que vulnera el principio de presunción de inocencia.

4. Sostuvo que la exclusión del beneficio de la detención domiciliaria transitoria respecto a miembros de organizaciones criminales, prevista en el artículo 6° del Decreto 546 de 2020, no se compadece con las consecuencias devastadoras originadas por el virus COVID-19.

5. Refirió que en el centro penitenciario de Villavicencio, hasta el 3 de mayo de 2020, se presentaron 508 casos confirmados de padecimiento de COVID-19 y que el Estado no tiene la capacidad para garantizar la vida de las personas privadas de la libertad, tal como lo certificó el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Villavicencio.

6. Consideró que sus agenciados se encuentran en grave peligro, debido a que GREGORIO MOSQUERA YATE padece tuberculosis y anemia, al paso que YESID ROJAS MOSQUERA perdió la sensibilidad y fuerza en sus manos y sufrió una lesión craneoencefálica en un accidente de tránsito ocurrido el 5 de junio de 2016, sin realizar alusión alguna frente a JOHN FABER MOSQUERA YATE.

7. Sustentado en este marco fáctico, el demandante en tutela pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida e integridad personal y, en

consecuencia, se declare inconstitucional el artículo 6° del Decreto 546 de 2020 y se conceda la detención domiciliaria transitoria a sus representados. De manera subsidiaria, solicita que, en virtud del derecho a la igualdad, también le sea otorgado el beneficio a GREGORIO MOSQUERA LIMA y YILBER SNEIDER MOSQUERA OVIEDO, quienes fueron capturados por los mismos hechos que sus representados.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Por auto del 6 de mayo de 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio admitió la demanda instaurada en contra de la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario, los Juzgados Primero y Segundo Penal del Circuito Especializados y la Fiscalía 114 Especializada - DECOC, todos de la ciudad de Villavicencio.

Dentro del trámite, ordenó vincular a la Fiduprevisora, al Consorcio de Atención en Salud PPL 2019, al Instituto Nacional de Salud, la Gobernación y Secretaría de Salud del Departamento del Meta, a la Alcaldía y Secretaría de Salud del municipio de Villavicencio, a las partes e intervinientes en los procesos penales adelantados contra los accionantes y a la Procuraduría General de la Nación, y corrió el traslado respectivo a la autoridades demandadas y vinculadas de oficio.

El Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Villavicencio informó que contra JOHN FABER MOSQUERA YATE se sigue el proceso penal No. 503506000000201900008 por los delitos de concierto para delinquir agravado y tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos. Además, señaló que el 11 de octubre de 2019 se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, mientras que la audiencia preparatoria se realizó los días 16 de enero y 3 de marzo de 2020, encontrándose pendiente de ser resuelto el recurso de apelación que interpuso el defensor contra la decisión que resolvió las solicitudes

probatorias.

Agregó que en ese despacho también se adelanta el proceso penal No.

503506000000201900006 contra YESID ROJAS MOSQUERA, por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado en concurso homogéneo y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. La audiencia de formulación de acusación, prosiguió, se realizó el 20 de enero de 2020, mientras que la audiencia preparatoria aún no se ha efectuado.

En ese sentido, expuso que no ha vulnerado los derechos fundamentales de los actores.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Villavicencio sostuvo que le correspondió el conocimiento del proceso No. 503506000000201900007 adelantado contra GREGORIO MOSQUERA YATE por los delitos de concierto para delinquir agravado, homicidio agravado en concurso homogéneo, fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de fuego y municiones, y desplazamiento forzado, en el cual aún no se ha realizado la audiencia preparatoria.

Advirtió que si bien en el marco de la pandemia originada por el virus COVI-19, las personas diagnosticadas con enfermedades catastróficas o crónicas merecen una especial protección, lo cierto es, que en el escrito de tutela no se observa que GREGORIO MOSQUERA YATE padezca alguna patología especial.

Destacó que no le corresponde a ese despacho adoptar las medidas preventivas necesarias para enfrentar la emergencia sanitaria originada por el coronavirus respecto de la población privada de la libertad, sino que ello es del resorte del INPEC.

De otra parte, expuso que los delitos por los cuales GREGORIO MOSQUERA YATE está siendo procesado se encuentran excluidos de la concesión de la detención domiciliaria transitoria de que trata el Decreto 546 de 2020.

Tras manifestar que no ha vulnerado los derechos fundamentales del accionante, solicitó su desvinculación del presente trámite constitucional.

La Fiscalía 114 Especializada de la Dirección contra Organizaciones Criminales de Villavicencio indicó que YESID ROJAS MOSQUERA, GREGORIO MOSQUERA YATE y JOHN FABER MOSQUERA YATE se encuentran privados de la libertad, en virtud de la medida de aseguramiento de detención preventiva que les fue impuesta el 3, 4 y 12 de abril de 2019, respectivamente, por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad.

Señaló que les formuló acusación, en procesos independientes, por presuntamente ser integrantes de las redes de apoyo del grupo armado organizado residual GAOR E-7 en jurisdicción de la Macarena (Meta) y haber incurrido en los delitos de concierto para delinquir agravado, extorsión, desplazamiento forzado, homicidio y porte ilegal de armas.

Frente a las pretensiones de amparo constitucional, destacó que el demandante no solicitó directamente a los jueces competentes la sustitución de la medida de aseguramiento por la detención domiciliaria transitoria establecida en el Decreto 546 de 2020. En todo caso, precisó, los ilícitos por los cuales fueron acusados se encuentran excluidos del mentado beneficio.

Sin embargo, solicitó que se ampararan los derechos fundamentales a la vida, integridad personal y salud de los accionantes al interior del centro penitenciario, ordenando su aislamiento y atención médica.

La Alcaldía de Villavicencio solicitó se declare (i) la falta de legitimación por pasiva, por no ser la competente para resolver las pretensiones formuladas y, (ii) la improcedencia de la presente acción por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, debido a que la parte actora no acreditó haber solicitado a los jueces de conocimiento la concesión de la detención preventiva transitoria, conforme a lo regulado en el Decreto 546 de 2020.

Agregó que la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad, incluyendo la toma de muestras, la atención médica básica y aquella necesaria para la recuperación de los pacientes, compete al INPEC, a la USPEC, al Fondo Nacional de Salud de la Población Privada de la Libertad, al Ministerio de Salud y demás entidades encargadas de administrar los recursos del prenombrado Fondo, tal como lo determina la Ley 1709 de 2014 y el Decreto 1069 de 2015.

Con todo, manifestó que junto con la Gobernación del Meta y el INPEC han ejecutado diferentes acciones para superar la crisis sanitaria presentada al interior de la Cárcel de Villavicencio por causa del coronavirus, tales como, (i) aislamiento preventivo de las personas contagiadas o con síntomas de COVID-19, (ii) toma de muestras para todo el personal carcelario y, (iii) implementación de medidas de bioseguridad.

Adicionalmente, expuso que armónicamente con la Secretaría Departamental han entregado al establecimiento carcelario de ese municipio 5 cajas de guantes de 1.000 unidades cada una, tapabocas, gel antibacterial y han tomado 398 muestras moleculares.

El Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL argumentó que la presente acción es improcedente por carencia de legitimación en la causa por activa, ya que quien actúa a nombre de los accionantes no aportó documento que lo acredite como apoderado judicial ni allegó prueba siquiera sumaria que evidenciara la imposibilidad de aquellos de presentar la tutela a nombre propio. La privación de la libertad, precisó, no es una condición que les impida acudir a la administración de justicia, máxime que, al tenor del artículo 54 de la Ley 1709 de 2014, cuentan con la asistencia jurídica de defensores públicos al interior del establecimiento carcelario.

Alegó también la falta de legitimación en la causa por pasiva, al no ser el encargado de la prestación de los servicios médicos-asistenciales a las personas privadas de la libertad, pues sus atribuciones se orientan únicamente a la celebración de contratos para satisfacer

las obligaciones de la fiducia mercantil. De igual forma, que se han venido implementando programas de promoción y prevención de auto cuidado para la protección frente a la emergencia sanitaria.

En relación con la atención en salud prestada a los accionantes, informó que a GREGORIO MOSQUERA YATE le fue autorizada la realización de una radiografía de tórax, debido a que presenta un diagnóstico de tuberculosis de pulmón y YESID ROJAS MOSQUERA fue diagnosticado con “secuelas de traumatismo de tendón y musculo de miembro superior”, por lo que se emitió orden de consulta con especialista en ortopedia y traumatología.

La improcedencia de la acción también se extiende a la solicitud de concesión de la prisión domiciliaria transitoria, ya que ello, dijo, debe ser solicitado ante los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

El Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio sostuvo que no tiene competencia legal para la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad, pues, esto es del resorte del USPEC y el Consorcio contratado para el efecto. Expuso que, las entidades territoriales se han visto avocadas a concentrar en gran medida planes de contingencia al interior de la cárcel para salvaguardar la vida de quienes se encuentran allí.

Adicionó que, (i) el 18 de abril de 2020, el laboratorio Clínico COLCAN tomó muestras prioritarias a 300 internos para examinar su posible contagio, (ii) ante la falta de personal de salud, para atender la crisis que se presenta en el penal, el Consorcio de Atención en Salud contrató con la ESE de Villavicencio la prestación de servicios de salud, los cuales vienen siendo prestados, (iii) se ha dispuesto zona de aislamiento para los privados de la libertad contagiados, (iv) el 24 de abril de 2020, se realizó un consejo de seguridad en el que se acordó practicar la prueba de coronavirus a la totalidad de los internos, financiada por el Gobierno Nacional y, v) a corte del 11 de mayo de 2020, se habían tomado 1.670 pruebas de

contagio a los internos del establecimiento, sin que se haya logrado practicar a la totalidad de la población.

Refirió que a JOHN FABER MOSQUERA YATE y YESID ROJAS MOSQUERA se les efectuó la prueba molecular y registraron positivo para COVID-19, mientras que frente a GREGORIO MOSQUERA YATE no obra registro en la base de datos de las personas a las que se les ha tomado la mencionada prueba a fecha del 10 de mayo de 2020.

El Instituto Nacional de Salud resaltó que con sus actuaciones no ha vulnerado derecho alguno de la parte actora, ya que no es la entidad competente para efectuar o autorizar el traslado de personas privadas de la libertad, otorgar la detención domiciliaria transitoria ni adoptar las medidas sanitarias al interior del centro carcelario. De la misma manera, precisó que no es la encargada de la prestación de servicios de salud ni de tomar muestras a personas que posiblemente se encuentren contagiadas de COVID-19, como tampoco de intervenir en trámites administrativos, contractuales, operativos o técnicos a cargo de las EPS y las IPS.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) manifestó que han adoptado diferentes medidas orientadas a prevenir el contagio con COVID-19 de las personas privadas de la libertad, como también para la contención y tratamiento de los casos ya confirmados.

Adujo que, respecto a la pretensión de la detención domiciliaria transitoria, no tiene legitimación en la causa por pasiva, ya que legalmente le corresponde resolverlo a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad o a los jueces de conocimiento.

Enfatizó en que su única obligación, según el Decreto 546 de 2020, consiste en remitir el listado de las personas privadas de la libertad que podrían ser beneficiadas con la sustitución de la detención domiciliaria junto con las respectivas cartillas biográficas, labor en la que se encuentran trabajando.

El Ministerio de Justicia y del Derecho expuso que las medidas contenidas en el Decreto 546 de 2020 se expidieron con el propósito de prevenir y mitigar el riesgo de propagación de la pandemia del COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, cuya procedencia deberá ser analizada por el juez competente en atención a los requisitos establecidos en el citado decreto.

Sostuvo que la prestación efectiva de los servicios de salud de la población privada de la libertad corresponde al INPEC, la USPEC y al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, entidades que, destacó, han adoptado una serie de medidas y protocolos en todos los establecimientos de reclusión del orden nacional para prevenir, contener y mitigar la propagación de la pandemia.

Señaló que, entre dichas medidas, el 13 de marzo de 2020, en desarrollo del Consejo Directivo del Fondo de Salud PPL, se determinó instruir al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 para la adquisición de gel antibacterial y jabón, como también para atender prioritariamente a las personas que padezcan comorbilidad identificada y contratar laboratorios clínicos para la toma de muestras moleculares.

El Departamento del Meta indicó que no es de su competencia conceder la sustitución de la detención preventiva por la detención domiciliaria transitoria.

Advirtió que la causa principal del aumento exponencial del contagio del COVID-19 en los establecimientos carcelarios y penitenciarios obedece a que el Gobierno Nacional ha incumplido las órdenes que le impartió la Corte Constitucional en la sentencia T-762 de 2015, encaminadas a garantizar condiciones mínimas de subsistencia digna y humana en estos lugares.

De otra parte, solicitó que, en caso de impartirse orden alguna al ente territorial, se aplique la excepción de cosa juzgada, habida cuenta de que en fallos de tutela emitidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio y los Juzgados Segundo Penal y

Tercero de Familia del mismo municipio se le ordenó la realización de diferentes actuaciones en favor de la comunidad reclusa en la Cárcel de Villavicencio, decisiones judiciales que tienen efectos erga omnes respecto de la población privada de la libertad en dicho penal.

La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) sostuvo que ha cumplido a cabalidad con lo ordenado por la ley en relación con la prestación de los servicios de salud de la PPL a cargo del INPEC, ya que celebró contrato de fiducia mercantil para que les fuera garantizado y suministrado el servicio.

Agregó que, de conformidad con los lineamientos dictados por el Ministerio de Salud y Protección Social para enfrentar el contagio del virus COVID-19 en las personas privadas de la libertad, ha impartido instrucciones al Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, a fin de prevenir y detectar el contagio del virus.

Ahora, en cuanto a la prisión domiciliaria transitoria deprecada, precisó que su concesión corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, tal y como lo contempla el Decreto 546 de 2020.

Los demás vinculados guardaron silencio.

EL FALLO IMPUGNADO

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, en decisión adoptada el 20 de mayo de 2020, (i) declaró improcedente el amparo invocado contra la Fiscalía 114 Especializada y los Juzgados Primero y Segundo Penal del Circuito Especializado, todos de la ciudad de Villavicencio, con relación al “reconocimiento de la presunción de inocencia” y la sustitución de la medida de aseguramiento en establecimiento de reclusión por la detención domiciliaria transitoria y, (ii) amparó los derechos fundamentales a la vida y salud de la parte accionante, en los siguientes términos:

“Segundo. Amparar los derechos fundamentales a la vida y salud de los que son titulares Jhon Faber Mosquera Yate, Yesid Rojas Mosquera y Gregorio Mosquera Yate, privados de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Villavicencio.

Tercero. Ordenar a la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – Uspec, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, que, de forma inmediata, en lo que les corresponde funcionalmente y de manera articulada, en caso de no haberse efectuado, mantengan en aislamiento preventivo a Jhon Faber Mosquera Yate y Yesid Rojas Mosquera, en condiciones dignas hasta su recuperación, acorde con los protocolos médicos y de seguridad carcelaria aplicables, en los términos indicados en la parte motiva de esta decisión.

Cuarto. Ordenar a la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio, la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – Uspec y el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL-2019, que garanticen a Jhon Faber Mosquera Yate, Yesid Rojas Mosquera y Gregorio Mosquera Yate, el acceso a elementos de bioseguridad, tales como tapabocas, guantes, jabón, alcohol o equivalentes, así como la atención integral que prescriba el médico tratante para la patología de coronavirus (Covid-19).

Quinto. Ordenar que de manera conjunta la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, el Consorcio Atención en Salud PPL-2019 y la Gobernación del Meta, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación del presente fallo, en caso de no haberlo efectuado, de acuerdo al ámbito de sus competencia realicen las gestiones necesarias para tomar la prueba de coronavirus (Covid-19) al interno Gregorio Mosquera Yate.

Sexto. Ordenar al Establecimiento Penitenciario Carcelario de Villavicencio, que en el caso

de ser positivo el resultado para Covid-19 del interno Gregorio Mosquera Yate deberá efectuar su aislamiento en condiciones dignas y acorde con los protocolos de médicos y de seguridad carcelario requeridos, a efectos de evitar la propagación del virus en dicho centro carcelario.

(...)”

Destacó que en esta acción se cumplió la legitimidad en la causa por activa, agencia oficiosa, debido a que los titulares de los derechos se hallan en imposibilidad de promover su propia defensa por estar detenidos en la Cárcel de Villavicencio, donde se presenta una difícil situación de salubridad por la propagación de contagios con el virus COVID-19.

Consideró que la presente acción constitucional no cumple el requisito de subsidiariedad en lo relativo a las pretensiones de concesión de la detención domiciliaria que estimaron fracasada por la denominación jurídica que la Fiscalía dio a los hechos que investiga y a la detención domiciliaria transitoria prevista en el Decreto 546 de 2020, pues no se acreditó que los accionantes hubieran solicitado a los jueces competentes el otorgamiento de tales beneficios. Tampoco que hubieran planteado alguna inconformidad al interior del proceso penal en punto de la calificación jurídica atribuida por el ente acusador.

Tras un estudio constitucional de los derechos a la salud y vida de la población carcelaria, consideró vulnerados los derechos de JOHN FABER MOSQUERA YATE y YESID ROJAS MOSQUERA, por cuanto no se demostró que las demandadas les hubieran brindado un adecuado y continuo servicio de salud, pese a que se encuentran contagiados con el virus COVID-19.

Advirtió que, de cara a la pandemia actual, el sistema de salud de la Cárcel de Villavicencio se hallaba colapsado, puesto que no contaba con personal médico y no se garantizaba la toma de muestras requeridas para detectar el contagio del COVID-19, sin embargo, esta situación se superó con la contratación de la Empresa Social del Estado del municipio de

Villavicencio, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2020.

Con todo, estimó también conculcados los derechos de GREGORIO MOSQUERA YATE, debido a que no se le ha practicado la prueba de laboratorio que permita determinar su posible contagio.

LA IMPUGNACIÓN

Inconformes con esta determinación, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, el Departamento del Meta y YESID ROJAS MOSQUERA, JOHN FABER y GREGORIO YATE, por agente oficioso, impugnaron con la finalidad de que sea revocada, o en su defecto, modificada.

1. Departamento del Meta. Discrepó de las órdenes impartidas por el juez de primera instancia, pues las medidas de salud de la población privada de la libertad no son de su responsabilidad, sino del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, su Consejo Directivo, Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, Ministerio de Salud y Protección Social, USPEC e INPEC, razón por la que carece de legitimación en la causa por pasiva en este asunto.

Agregó que ha apoyado en la medida de sus posibilidades la crisis sanitaria que se presenta en el centro penitenciario descrito, sin que ello signifique que legalmente le corresponda asumir dichas obligaciones.

2. Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL. Advirtió que no tiene la competencia legal para mantener en aislamiento preventivo a JOHN FABER MOSQUERA YATE y YESID ROJAS MOSQUERA, habida cuenta de que el INPEC es la institución encargada de la dirección y administración de los establecimientos de reclusión, como también de la custodia de los

internos. Además, señaló que, en atención a los lineamientos expedidos por el Ministerio de Salud para el control y prevención de casos por COVID-19 para la población privada de la libertad – PPL en Colombia, corresponde al INPEC garantizar el espacio físico y su adecuación para el aislamiento de las personas contagiadas.

Frente al suministro de elementos de protección y bioseguridad, expuso que ha entregado, entre otros materiales, 10.070 tapabocas, 423 tapabocas N95, 9.800 guantes, 1.507 litros de jabón, 1.085 litros de antibacterial a la Cárcel de Villavicencio, donde se cuenta con un regente de farmacia que garantiza la disponibilidad de los insumos.

Precisó que si bien han tenido problemas de desabastecimiento por parte del operador COHAN, activaron planes de contingencia y contrataron nuevos proveedores, por lo que se encuentran tránsito más insumos. Motivo por el cual, solicitó se declarara la configuración de un hecho superado.

Enfatizó en que no es cierto que el centro de reclusión se encontrara colapsado por falta de atención en los servicios de salud, toda vez que (i) tenía contratados a 16 profesionales en salud hasta el 31 de mayo de 2020 y (ii) contrató a la ESE municipal para la prestación de servicios de salud de baja complejidad, incluyendo, entre otros, la disponibilidad de 4 médicos de urgencias, 4 enfermeras, 8 auxiliares de enfermería que garantizan la atención 24 horas, ambulancia y hospitalización para pacientes con COVID-19.

Informó que, en virtud del contrato No. 59940-1742-2017 del 9 de mayo de 2017 suscrito entre el Consorcio y la empresa COLCAN S.A.S., el día 6 de mayo del 2020 se le practicó a GREGORIO MOSQUERA YATE la prueba para determinar el contagio de COVID-19, la cual resultó negativa, resultado que, agregó, debe reposar en la historia clínica custodiada por la Cárcel de Villavicencio.

Por lo expuesto, solicitó que se desvincule al Consorcio del presente trámite ya que no ha omitido cumplir sus funciones y deberes con la población privada de la libertad.

3. La parte accionante. Refirió que el Tribunal a quo omitió pronunciarse frente a la pretensión de declarar inconstitucional el artículo 6° del Decreto 546 de 2020, por la transgresión de los derechos fundamentales a la igualdad y protección de las personas en condiciones de debilidad manifiesta y, consecuentemente, del reconocimiento de la detención domiciliaria transitoria.

Complementariamente afirmó que la Fiscalía General de la Nación y el Gobierno Nacional vulneraron el derecho fundamental a la presunción de inocencia de sus representados. La primera, por cuanto no investigó aquellos hechos favorables a los procesados para no imponerles una medida de aseguramiento tan restrictiva como lo es la detención preventiva en establecimiento carcelario. El segundo, debido a que, pese a ser una autoridad administrativa y no judicial, prejuzgó al excluirlos de la concesión de la detención domiciliaria transitoria, quienes, además, se encuentran privados de la libertad “por declaraciones y entrevistas plagadas de intereses personales falaces”, transgresión que repercute en sus derechos a la vida e integridad personal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Competencia

De conformidad con lo normado en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para resolver las impugnaciones contra el fallo de primera instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio.

Problema jurídico

Consiste en establecer (i) si se cumple la exigencia de subsidiariedad respecto de la solicitud de detención domiciliaria transitoria prevista en el Decreto 546 de 2020, la protección a la garantía de presunción de inocencia y la declaración de inconstitucionalidad del artículo 6 ídem, (ii) si las autoridades accionadas y/o vinculadas han trasgredido o puesto en peligro los derechos fundamentales a la vida y salud de los actores, al no adoptar medida alguna tendiente a la prevención, contención y tratamiento del contagio del virus COVID - 19, particularmente, la entrega de elementos de bioseguridad, el aislamiento preventivo y la práctica de examen médico para determinar su contagio.

Análisis del caso concreto

1. La acción de tutela es un mecanismo de protección judicial creado por el artículo 86 de la Constitución Política para la protección inmediata de los derechos fundamentales, cuando resulten amenazados o vulnerados por cualquier autoridad, o los particulares en los casos allí establecidos.

2. Apelación de la parte accionante

1. La procedencia de la acción de tutela está supeditada al cumplimiento de ciertos requisitos de carácter general y especial, entre los que se cuenta el de subsidiariedad, que implica que quien acude a ella debe haber agotado todos los mecanismos de defensa judicial que el ordenamiento jurídico pone a su disposición en el proceso que la motiva para salvaguardar sus derechos, en aras de la protección de los postulados de autonomía e

independencia de la función jurisdiccional, y que solo sea posible utilizarla, por vía excepcional, para evitar la materialización de un perjuicio irremediable. (Cfr. CC T - 282 de 2012)

2. En el presente caso, la parte actora aspira a que el juez constitucional conceda a los procesados que agencia la detención domiciliaria transitoria prevista en el Decreto 546 de 2020, ante (i) la crisis sanitaria presentada en la Cárcel de Villavicencio por la propagación del virus COVID -19, (ii) la protección de la garantía a la presunción de inocencia y, (iii) la inconstitucionalidad de las exclusiones contempladas en el artículo 6° del citado Decreto.

3. Estas pretensiones, como acertadamente lo sostiene el juez colegiado de primera instancia, incumplen la exigencia de subsidiariedad. Las razones son las siguientes:

(a) En relación con el otorgamiento de los institutos de la detención y prisión domiciliarias transitorias, previstos en el Decreto 546 de 2020, los accionantes deben acudir directamente a los funcionarios judiciales que conocen de los procesos adelantados en su contra, quienes son los competentes para pronunciarse sobre su reconocimiento, pues, existiendo una vía judicial para la demanda del derecho, es a través de ella, y no de la acción de tutela, que corresponde su ejercicio.

Igual respuesta amerita si lo pretendido por ellos es que se conceda la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por el lugar de residencia, al amparo de lo previsto en el artículo 314 de la Ley 906 de 2004, porque frente a esta pretensión, también es necesario agotar los canales judiciales de competencia previstos por el

ordenamiento ordinario, para el caso, los jueces con funciones de control de garantías, si los procesos continúan actualmente en curso.

(b) En relación a las inconformidades planteadas frente a la acusación formulada por la Fiscalía General de la Nación, por (i) haber declarado que pertenecían a grupos delictivos organizados (GDO), (ii) incumplir el deber de realizar una investigación integral, y (iii) no haber logrado desvirtuar la garantía de la presunción de inocencia, son aspectos que corresponde ventilar y debatir al interior de los respectivos procesos penales que se encuentran en curso, en las fases y oportunidades previstas por el procedimiento.

(c) La misma situación se presenta con la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 6 del Decreto 546 de 2020, pues esta facultad radica en la Corte Constitucional, que hace un control automático de su contenido, en ejercicio de las facultades consagradas en los artículos 215 y 141.7 de la [Constitución política](#). Y adicionalmente a ello, porque la acción de tutela, por mandato expreso del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, no procede contra actos de carácter general, impersonal y abstracto.

4. Será en esos escenarios, entonces, donde la parte accionante debe plantear las referidas pretensiones, pues esta acción, se insiste, no puede ser empleada como instancia paralela a los procedimientos ordinarios, legalmente concebidos para el ejercicio del derecho, por ser de carácter eminentemente residual y subsidiario, y porque aceptar su procedencia alternativa o paralela, desvirtúa la naturaleza y razón de ser del mecanismo de amparo.

5. Tampoco se establece que las diversas situaciones planteadas por la

parte actora en relación con los distintos procesados, cumplan los requerimientos de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad que la figura de perjuicio irremediable exige para la procedencia de una intervención de carácter transitorio.

La impugnación, por tanto, en relación con estos aspectos, no está llamada a prosperar.

2. De las acciones o medidas implementadas para prevenir y mitigar el contagio del COVID - 19 en la población privada de la libertad

1. La jurisprudencia constitucional ha concebido al derecho fundamental a la salud como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerla cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional, razón por la que, su protección debe extenderse a todo tipo de afectación. (Cfr. CC T-331/15)

2. El deber de garantía de esta prerrogativa, en tratándose de las personas privadas de la libertad, se maximiza para el Estado, especialmente para las autoridades penitenciarias, debido a la relación especial de sujeción que subyace por la suspensión de la libertad de locomoción, que impone la obligación de respeto y materialización del principio de eficacia de los derechos fundamentales, como es el de la salud, el cual no está restringido o limitado. (CC T-193/17)

2. El 11 de marzo de 2020, la Organización Mundial de la Salud- OMS, declaró el actual brote de enfermedad por 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 esta adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del virus.

Frente a la población privada de la libertad, expidió los lineamientos para controlar y prevenir el contagio del COVID-19, en procura de garantizar el derecho a la salud y vida de aquellos, brindando orientaciones al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) y a demás integrantes del Sistema Penitenciario y Carcelario responsables de intervenir en el cumplimiento de estas pautas lineamientos, consistiendo, (i) restricción de visitas familiares, (ii) aislamiento preventivo de personas que presenten síntomas respiratorios, (iii) entrega de mascarilla quirúrgica desechable, al igual que los elementos de protección personal necesarios para el personal de salud y la guardia de custodia, (iv) uso permanente de mascarilla quirúrgica desechable mientras duren los síntomas en la persona privada de la libertad (fiebre, tos, estornudos, odinofagia), (v) disponibilidad del servicio sanitario y acceso al agua potable, (vi) evitar traslado de internos, (vii) higiene de manos y, (viii) toma de muestras y entrega de resultados.

2. La Dirección General del INPEC expidió la Directiva 000004 del 11 de marzo de 2020 por medio de la cual se impartieron orientaciones para la prevención e implementación de medidas de control ante casos probables y confirmados por COVID-19.

Entre las pautas 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 en los teléfonos celulares del personal asistencia de la aplicación CoronaApp del Instituto Nacional de Salud.

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

Posteriormente, se emitió (i) 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 y, (ii) anexo 0001 de la Circular 000019 del 16 de abril de 2020, que ratificó las medidas sanitarias a adoptar, entre las que se destacan, la entrega y suministro de productos de aseo, higiene, médicos y limpieza, atención médica y toma de muestras.

2. El Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad de Villavicencio, expuso que:

i. Las entidades territoriales se han visto avocadas a concentrar en gran medida sus planes de contingencia al interior de la cárcel en aras de salvaguardar la vida tanto del personal privado de la libertad como del cuerpo de custodia y vigilancia y funcionarios administrativos.

ii. El 11 de abril de 2020, se realizó reunión denominada “sala de análisis de riesgo” entre integrantes del equipo vigilancia en salud pública de la Secretaría Local de Salud y coordinadores del Establecimiento de Reclusión de Villavicencio, donde se tomó la decisión de seguir con las recomendaciones de aislamiento dadas por este equipo, en cuanto al aislamiento preventivo en pacientes respiratorios y la utilización de EPP, adicionalmente, se cuenta con Red de apoyo de la Empresa Social del Estado, I nivel, en caso de urgencia, pero previendo la cuarentena es mejor que los pacientes sean atendidos intramuralmente.

iii. Que el día 18 de abril de 2020, el laboratorio clínico COLCAN, prestador de los servicios intramurales para toma y procesamiento de muestras, hizo presencia en el Establecimiento de Reclusión para tomar 300 muestras al personal privado de la libertad.

iv. En virtud del informe de la coordinadora de sanidad de la Cárcel, donde se indica que la falta de personal en salud pone en riesgo el orden interno, debido a que el que se encontraba contratado fue aislado de manera preventiva por la secretaría de salud municipal, el 22 de abril de 2020 el Consorcio encargado de la atención en salud indicó que suscribieron contrato con la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio, con vigencia hasta el 31 de diciembre de este año, la cual se obliga a prestar directamente con sus propios recursos técnicos, científicos y administrativos a todo costo y asumiendo y gestionando el riesgo en salud, operativo y financiero que del contrato se derive, los servicios de salud de primer nivel de complejidad a las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC, en el

Establecimiento Penitenciario y Carcelario de la Ciudad de Villavicencio y en las sedes de la ESE.

v. Se ha dispuesto de zonas de aislamiento para las personas contagiadas.

vi. A la totalidad de los internos del plantel carcelario se les va a realizar la prueba correspondiente para determinar si contrajeron el virus, según acuerdo adquirido en Consejo de Seguridad realizado el 24 de abril de 2020, con participación del Viceministro de Justicia, Director General del INPEC, Gobernador de Meta y el alcalde de Villavicencio.

vii. Que se celebró contrato con la empresa “Fumigación de Guadalupe”, para la prestación de servicios de fumigación, desratización y control de calidad de agua, con el fin de garantizar la habitabilidad en condiciones óptimas de la población privada de la libertad.

2. Por su parte, la Secretaría de Salud de Villavicencio a ejecutado las siguientes acciones:

i. Desde el 10 de abril de 2020, designó un equipo de epidemiólogos para el manejo de la contingencia en el plantel penitenciario, desinfección y limpieza

generalizada de las instalaciones, garantizar el suministro de elementos de protección, guantes, tapabocas, toma de muestras y atención médica.

ii. La Empresa Social del Estado del ese municipio suscribió convenio con el Consorcio PPL para atender a los internos probables y confirmados de COVID-19, a quienes ha realizado seguimiento, dada la sintomatología, condiciones de salud y signos de alarma que presenten. Adicionalmente, dispone de tres rutas de atención dentro de la penitenciaria, que incluyen procedimientos de enfermería 24 horas, atención médica de consulta externa en turno de 8 horas, valoración médica de urgencias, traslado asistencial básico disponible 24 horas.

iii. Entregó 1.000 unidades de tapabocas.

2. El 21 de abril de 2020, la Secretaría de Salud del Departamento del Meta y la Alcaldía de Villavicencio entregaron 1.500 unidades de tapabocas, 5.000 pares de guantes y 100 litros de alcohol.

2. El Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, entre las medidas de prevención y mitigación a causa del COVID-19 dentro del establecimiento carcelario en cita, informó que:

(a) Ha entregado (i) 90 batas largas anti fluido, (ii) 425 gorros desechables, (iii) 9.800 guantes para examen, (iv) 10.070 tapabocas, (v) 423 tapabocas N95, (vi) 1.085 litros de

antibacterial, (vii) 1.507 litros de jabón, (viii) antipiréticos, antihistamínicos y analgésicos en grandes cantidades y, (ix) las pruebas para COVID-19 se han tomado a la población privada de la libertad a través del contrato suscrito entre el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019, en su calidad de vocero y administrador del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad y la IPS COLCÁN en virtud del contrato No. 59940-1742-2017.

(b) A GREGORIO MOSQUERA YATE, le fue autorizada la realización de una radiografía de tórax, debido a que presenta un diagnóstico de tuberculosis de pulmón y YESID ROJAS MOSQUERA fue diagnosticado con “secuelas de traumatismo de tendón y musculo de miembro superior”, por lo que se emitió orden de consulta con especialista en ortopedia y traumatología.

2. Después de la emisión del fallo de primer grado, el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Villavicencio, el Departamento del Meta, la ESE municipal y las Secretarías de Salud de los mencionados entes territoriales, allegaron informes de cumplimiento, en los que señalaron que:

(i) El 20 de mayo de 2020, el Departamento del Meta entregó a la Cárcel de Villavicencio (i) 7 garrafones que contienen cada uno 5 galones de alcohol, (ii) 3 garrafones que contienen cada uno 5 galones de jabón líquido, (iv) 7 arrobas de aromáticas, (v) 15 bultos de limones con 4 arrobas cada uno, (vi) 3.000 unidades de tapabocas y, (v) 50 cajas de panela, según consta en la respectivas actas de entrega.

(ii) JOHN FABER MOSQUERA YATE y YESID ROKAS MOSQUERA se encuentran debidamente aislados conforme a los protocolos establecidos por medio de la Resolución No. 1600-67.1 18/053 del 4 de mayo de 2020, comoquiera que se encuentran contagiados con coronavirus.

(iii) El 6 de mayo de 2020, se le tomó la muestra para el examen SARS COV 2 a GREGORIO MOSQUERA YATE, la cual resultó negativa el 10 de mayo siguiente.

(iv) Se dispuso un espacio de aislamiento para las personas privadas de la libertad del programa de tuberculosis en La Quinta anexa al patio Colombia.

(v) La curva epidémica revela que el punto máximo de la propagación ya pasó y que en estos momentos el brote está en su fase de descenso en el conglomerado de la Cárcel de Villavicencio.

11. No se desconoce, como se afirma en la acción de tutela, que al interior del establecimiento penitenciario de Villavicencio se presentaron barreras administrativas, sanitarias y médico-asistenciales para garantizar la salud de las personas privadas de la libertad, particularmente, en la práctica de exámenes para detectar el contagio del virus y la disponibilidad de personal médico, que en un principio pusieron en riesgo los derechos fundamentales a la vida y salud del actor.

Sin embargo, de manera articulada y progresiva, las autoridades carcelarias y del orden nacional, departamental y municipal, han superado dicha contingencia con las medidas a las cuales se ha hecho mención, para evitar la propagación y lograr la contención del virus COVID-19, como el traslado de internos a otros lugares habilitados por la Gobernación del Meta, la entrega de elementos de protección personal, la contratación de nuevos proveedores para el suministro de insumos, la desinfección y limpieza del plantel carcelario y la destinación de partidas presupuestales para conjurar la crisis sanitaria.

Estas acciones, se ajustan a las condiciones actuales del sistema carcelario 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 buena parte consultan las recomendaciones hechas por órganos internacionales expertos en la materia.

12. El análisis realizado, permite concluir que las órdenes dictadas por la primera instancia respecto, (i) del suministro de elementos de bioseguridad, (ii) el aislamiento preventivo de JOHN FABER MOSQUERA YATE y YESID ROJAS MOSQUERA, y la práctica de la prueba molecular para determinar el contagio del COVID-19 de GREGORIO MOSQUJERA YATE, carecen de razón de ser, por haber sido debidamente satisfechas en el curso de este trámite, y porque se advierte que las medidas que se vienen implementando se observan acordes con las condiciones actuales del sistema penitenciario y han resultado eficientes en el proceso de control del contagio.

Se revocarán, por tanto, los numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del fallo impugnado, para en su lugar negar el amparo constitucional respecto de los derechos a la vida y salud, pero se exhortará a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 y el establecimiento penitenciario de Villavicencio, a mantener y optimizar las medidas y protocolos ordenados y recomendados por las autoridades competentes, con el fin de prevenir, contener y mitigar el riesgo de contagio del coronavirus en el centro de reclusión.

Frente a la decisión anunciada, los reproches formulados por el Departamento del Meta y el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL, devienen impertinentes, motivo por el que no se abordará su estudio.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL – SALA DE DECISIÓN DE ACCIONES DE TUTELA N° 2, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR los numerales 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del fallo de tutela del 20 de mayo de 2020 proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, y en su lugar, NEGAR la presente acción, conforme las razones anotadas en esta providencia.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás el fallo recurrido.

TERCERO. EXHORTAR a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2019 y el establecimiento penitenciario de Villavicencio, a mantener y optimizar las medidas y protocolos ordenados y recomendados por las autoridades competentes, con el fin de prevenir, contener y mitigar el riesgo de contagio del coronavirus en el centro de reclusión.

CUARTO. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO. REMITIR el proceso a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 ibidem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FABIO OSPITIA GARZÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

HUGO QUINTERO BERNATE

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria