

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CONTRA DECRETOS LEGISLATIVOS / CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD – Mecanismo de revisión del Decreto 546 de 2020 / DECLARACIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA - Pandemia por coronavirus COVID-19 / MEDIDAS ADOPTADAS EN MATERIA PENITENCIARIA PARA EFECTO DE EVITAR Y CONTROLAR LA PROPAGACIÓN DEL COVID-19

[A] juicio de la Sala, el problema jurídico se concreta a decidir si la tutela es procedente para efecto de evaluar la conveniencia y efectividad de las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 y para ordenar la prisión domiciliaria en el caso del [actor]. (...) [L]a parte actora alega que no son suficientes los criterios adoptados en el Decreto 546 de 2020 para sustituir la pena de prisión y medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia, a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al Covid-19. (...) se advierte que el demandante cuestiona un decreto legislativo expedido en virtud de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, cuyo control le corresponde a la Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 215 y 241 de la Constitución Política. De ahí que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir las inconformidades que surjan sobre esta clase de instrumentos normativos, aun más cuando el reproche se limita al mero desacuerdo frente al alcance de las medidas adoptadas en el referido decreto. Circunstancia que para esta Sala en modo alguno implica la vulneración de derechos fundamentales del actor. (...) Tampoco se advierte la existencia de una situación especial de vulnerabilidad, pues, (...) la parte actora no se encuentra en situación de riesgo extraordinario frente al Covid-19. (...) Además, debe decirse que la medida de excarcelación no ha sido la única adoptada en el marco de la emergencia sanitaria, (...) [E]s claro que el tutelante debe acudir al proceso constitucionalmente previsto para cuestionar los decretos legislativos, esto es, el control automático de constitucionalidad, previsto en el artículo 241 [numeral 7] de la Constitución Política. A juicio de la Sala, se trata de un mecanismo idóneo y eficaz, toda vez que otorga la posibilidad a los ciudadanos intervenir y exponer sus objeciones, según lo dispone el artículo 37 del Decreto 2067 de 1991.

ACCIÓN DE TUTELA - Improcedencia / SOLICITUD DE BENEFICIO DE PRISIÓN DOMICILIARIA - Competencia del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad / MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD - Hacinamiento carcelario / SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCIÓN PREVENTIVA EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS POR LA PRISIÓN DOMICILIARIA Y LA DETENCIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIAS EN EL LUGAR DE RESIDENCIA - A sujetos en situación de mayor vulnerabilidad frente al Covid-19

Por otra parte, también es improcedente estudiar si la parte actora puede acceder al beneficio de prisión domiciliaria en el marco de la emergencia por Covid-19, pues, como se vio, existe un procedimiento especial en ese sentido, el cual debe decidirlo el respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. En otras palabras, al juez de tutela no le compete determinar si el [actor] puede beneficiarse de prisión domiciliaria, por cuanto se trata de una decisión que corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, en los términos del Decreto 546 de 2020. Finalmente, la Sala entiende la preocupación que tiene el demandante por su salud y, en ese sentido, advierte que, en los

términos del artículo 26 del Decreto 546 de 2020, (...) la Uspec y el Inpec deben adquirir y proveer los elementos de bioseguridad al interior de los establecimientos penitenciarios o carcelarios, con el fin de controlar la propagación del Covid-19 y atender a los contagiados. (...) Siendo así, (...) la acción de tutela no es procedente para efecto de cuestionar el Decreto 546 de 2020 ni para decidir si el [actor] puede ser beneficiario de prisión domiciliaria, por razón de la pandemia ocasionada por el Covid-19. Por consiguiente, se declarará la improcedencia la tutela. (...).

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 241 - NUMERAL 7 / DECRETO 2591 DE 1991 / DECRETO 2067 DE 1991 - ARTÍCULO 37 / DECRETO 546 DE 2020

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: **JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ (E)**

Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-02149-00(AC)

Actor: FABIÁN PEÑA

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y EL DERECHO Y OTROS

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela instaurada por *Fabián Peña*, de acuerdo con el Decreto 1983 de 2017.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

El 26 de mayo de 2020, Fabián Peña instauró acción de tutela contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, la Fiscalía General de la Nación, el Senado de la República y la Defensoría del Pueblo, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la integridad, a la salud y a la vida. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“Primero: Tutelar mis derechos constitucionales y fundamentales a la dignidad humana, la vida, la integridad y la salud; vulnerados y amenazados por la acción y omisión de los funcionarios públicos denunciados en esta acción constitucional.

Segundo: Ordenar a las partes accionadas que en el término de 18 horas contadas a partir de la notificación del presente fallo de tutela proceda a garantizar la vida, la dignidad, la integridad de la P.P.L. como consecuencia procedan a la expedición de decretos con fuerza de ley para descongestionar las cárceles del país, acudiendo a medidas de la alternatividad penal como son:

- a. Libertad provisional para los sindicados.*
- b. Libertad condicional para las P.P.L. que cumplan el 50% de la pena.*
- c. Sustitución de la prisión por prisión domiciliaria cuando el condenado cumpla una tercera parte de la pena.*
- d. Conceder una rebaja del 50% para todas las penas y delitos.*
- e. Establecer como pena máxima de prisión en Colombia la pena de 30 años. Dejar sin efecto las prohibiciones del artículo 68 A del Código Penal de manera transitoria por un tiempo no superior a los 6 meses*

Tercero: ordenar a las partes accionadas ordenen la sustitución de la prisión por prisión domiciliaria a mi favor como medida eficaz para la protección de los derechos fundamentales que se encuentran amenazados por estado de cosas inconstitucionales y la pandemia Covid-19”.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

Fabián Peña se encuentra recluso en el Centro Penal y Carcelario de Máxima Seguridad de Girón – Santander.

3. Argumentos de la acción de tutela

El actor aseguró que no se han tomado medidas eficientes para la prevención del virus en las prisiones colombianas. A pesar de que en estas se vive un estado de cosas de inconstitucionales, dadas las condiciones de hacinamiento, la falta de salubridad y de suministro de agua, la precaria alimentación y las dificultades con el sistema de salud.

Resaltó que no se ha implementado ninguna medida para reducir el hacinamiento carcelario, pese a que esta ha sido una de las recomendaciones reiteradas de muchas organizaciones defensoras de derechos humanos. Y que si bien el Decreto 546 de 2020 contiene medidas al respecto, estas son insuficientes dado que el artículo 6 cierra y obstaculiza la posibilidad real de una excarcelación transitoria.

Por esto, no es posible garantizar que la población reclusa tenga el espacio vital suficiente y requerido para guardar distancias prudenciales. Condiciones propicias para que se genere un contagio masivo como ocurrió en la cárcel de Villavicencio y en otras siete más.

4. Trámite impartido

4.1. En providencia de 29 de mayo de 2020, el Despacho sustanciador le solicitó a la Secretaría General informar sobre la existencia de acciones de tutela similares tramitadas dentro de la Corporación.

4.2. En auto de 3 de julio de 2020, se admitió la tutela presentada por Fabián Peña contra la Presidencia de la República, la Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho - Dirección Política Criminal y Penitenciaria, el Consejo Superior de la

Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, la Fiscalía General de la Nación, el Senado de la República - Comisión de Derechos Humanos y Audiencias y la Defensoría del Pueblo - Defensoría Delegada para la Política Criminal y Penitenciaria.

Asimismo, se ordenó notificar a la Procuraduría General de la Nación, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – Inpec, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – Uspec y al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Girón – Santander. Igualmente, se ordenó surtir las notificaciones correspondientes.

5. Intervenciones

5.1. La **Presidencia de la República** manifestó los siguientes argumentos de defensa:

5.1.1. El amparo de tutela no es la instancia para analizar la conveniencia, oportunidad, legalidad o constitucionalidad de las medidas tomadas para hacerle frente a la crisis generada por la Covid-19.

5.1.2. La acción de tutela es improcedente, porque no se probó cómo el Decreto 546 de 2020, que por demás es el resultado de recomendaciones de diferentes instancias nacionales e internacionales, afecta los derechos fundamentales del actor. De hecho, aquel basó su escrito de tutela en situaciones hipotéticas sobre un eventual y futuro contagio por Covid-19.

5.1.3. Los beneficios de detención y prisión domiciliarias no puedan ser concedidos a quienes cometen delitos de especial gravedad (tal como lesiones personales, violencia intrafamiliar, feminicidio, concierto para delinquir o delitos sexuales, todos exceptuados de la medida, según el Decreto 546 de 2020). Por consiguiente, su otorgamiento responde a factores como el bien jurídico lesionado por el interno, la gravedad de la conducta, la duración de la pena, el peligro para la seguridad de la sociedad y las víctimas y la magnitud del daño causado.

5.1.4. Las medidas contempladas en el Decreto 546 de 2020 favorecen a la regla de equilibrio decreciente establecida en las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015, y al distanciamiento recomendado por las autoridades de salud para prevenir el contagio del Covid-19. En consecuencia, no le asiste razón al accionante frente a que el Gobierno no ha adoptado las medidas para proteger los derechos de la población privada de la libertad.

5.1.5. La Presidencia carece de legitimación en la causa por pasiva, puesto que las competencias del presidente de la República no guardan relación directa con el asunto planteado en la presente acción de tutela. Además, porque atendiendo a los fenómenos de descentralización, delegación y desconcentración son otras autoridades de la Rama Ejecutiva las competentes en el asunto narrado por el tutelante.

5.2. **El Ministerio de Justicia y del Derecho** aseguró lo siguiente:

5.2.1. Mediante el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 se adoptaron medidas para controlar la propagación del Covid-19 en los establecimientos carcelarios del país, tal como la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitoria en el lugar de residencia. Este instrumento es idóneo, adecuado, necesario y proporcional para evitar o al menos limitar el contagio del referido

virus; además, el decreto se basa en las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de otros organismos internacionales.

5.2.2. El Ministerio de Justicia y del Derecho carece de legitimación en la causa por pasiva, debido a que los artículos 7 y siguientes del Decreto Legislativo 546 de 2020 establecen que la competente para decidir si procede o no el otorgamiento de los beneficios establecidos en el decreto es la jurisdicción penal.

5.2.3. Los beneficios de detención y la prisión domiciliaria no pueden ser concedidos a quienes cometen delitos de especial gravedad o de alto impacto social, cuya permanencia en el domicilio del interno pueden favorecer la reincidencia, tal es el caso de delitos como las lesiones personales, la violencia intrafamiliar, el feminicidio, el concierto para delinquir (simple y agravado) o los delitos sexuales, todos estos exceptuados de la medida, según el Decreto 546 de 2020. A fin de establecer si otorgar o no esos beneficios deben valorarse circunstancias como el bien jurídico lesionado por el interno, la gravedad de la conducta, la duración de la pena, el peligro para la seguridad de la sociedad y las víctimas y la magnitud del daño causado.

5.2.4. Las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 no son caprichosas. Al contrario responden a las recomendaciones hechas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Corte Constitucional, entre otras.

5.2.5. Contrario a lo afirmado por el accionante, el Gobierno Nacional, el Inpec y la Uspec han adoptado una serie de medidas para materializar las instrucciones de la Organización Mundial de la Salud.

Por esto, se dictaron los siguientes instrumentos normativos: **(i)** Directiva 004 del 11 de marzo de 2020, que establece protocolos para evitar la propagación del virus; **(ii)** Anexo 01 de la Directiva 004, que dispone la suspensión de visitas y el aislamiento de los reclusos contagiados o con sospecha de contagio; **(iii)** Resolución 1274 de 2020, que declara la urgencia manifiesta en los establecimientos penitenciarios y carcelarios y autoriza la contratación directa para efecto de atender los asuntos referentes a la pandemia; **(iv)** Oficio 2020IE0057256 del 31 de marzo de 2020, que presenta la guía de orientación para prevenir y manejar casos de Covid-19 en establecimientos penitenciarios y carcelarios; **(v)** Circular 019 del 16 de abril de 2020, que imparte lineamientos para el control, prevención y manejo de casos por Covid-19, y **(vi)** Resolución 000197 del 25 de marzo de 2020, que también declara la urgencia manifiesta en materia de contratación referida a las medidas para evitar la propagación del Covid-19; entre otras.

5.3. La **Corte Suprema de Justicia** presentó los siguientes argumentos de defensa:

5.3.1. La acción de tutela es improcedente en lo que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en la medida que en la demanda no se esgrimió ninguna conducta concreta imputable a esta.

5.3.2. La petición de amparo se orienta a la expedición de un decreto legislativo que otorgue beneficios a la población carcelaria con motivo de la pandemia ocasionada por el Covid-19. Circunstancia que desborda la competencia de la Corte, puesto que lo relativo a los estados de excepción le

competente al presidente de la República, de conformidad con lo previsto en el inciso 2° del artículo 215 de la Constitución Política.

Además, sobre la situación reprochada por el señor Peña, el Gobierno Nacional expidió Decreto Legislativo 546 de 2020, en el cual se establecieron “*medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19*”.

En virtud de lo allí dispuesto, los encargados de determinar si se cumplen las condiciones para acceder a los beneficios establecidos en el Decreto Legislativo 546 de 2020 son los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

5.3.3. El tutelante no es un aforado constitucional, de manera que la competencia para resolver sobre su libertad no se encuentra radicada en las Salas Especiales de Instrucción y de Primera Instancia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

5.4. La **Fiscalía General de la Nación** presentó los siguientes argumentos de defensa:

5.4.1. Carece de legitimación en la causa por pasiva, debido a que la situación narrada por el tutelante le corresponde **(i)** al legislador, encargado de disponer sobre el régimen de libertad y de diseñar la política pública criminal carcelaria; y **(ii)** al Inpec, encargado de la custodia, vigilancia y atención de las personas privadas de la libertad.

5.4.2. Previo a la expedición del Decreto 546 de 2020, la Fiscalía realizó una serie de recomendaciones que fueron adoptadas por el Gobierno Nacional. En virtud de esto, se contempló un tratamiento especial para las personas mayores de 60 años, las madres que tengan hijos menores de 3 años y aquellos que sufran de enfermedades como cáncer, diabetes, insuficiencia pulmonar, entre otras.

5.5. La **Defensoría del Pueblo – Regional Santander** expresó lo siguiente:

5.5.1. Las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional en el Decreto 546 de 2020 no son suficientes e idóneas, en razón a que ese instrumento normativo cobija a un grupo limitado de personas privadas de la libertad en los establecimientos de reclusión del país. Realmente, son más las personas privadas de la libertad excluidas del beneficio de la prisión y detención domiciliaria transitoria que los privados de la libertad beneficiarios de la norma.

Esa falencia podría ser subsanada con un nuevo decreto con fuerza de ley mucho más garantista y amplio que cobije a un mayor número de personas privadas de la libertad. Sin embargo, esa atribución está en cabeza de la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho y el Consejo Superior de Política Criminal.

Aun así y sin perjuicio de las funciones propias de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad o a los jueces de control de garantías, en virtud de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, los jueces de tutela pueden analizar si en determinado caso procede la inaplicación del artículo 6 del Decreto 546 de 2020.

5.5.2. La Defensoría del Pueblo Regional Santander instauró una acción de tutela a efectos de que se garantizaran los derechos fundamentales a la vida, a la salud y dignidad humana, de las personas privadas de la libertad en las diferentes penitenciarías del departamento de Santander, tal como en el Establecimiento de Reclusión de mujeres de Bucaramanga, en el EPAMS de Girón, en el EPMSC de Bucaramanga, en el EPMSC de Vélez, EPMSC de San Gil, EPMSC de Socorro y el EPMSC de Málaga.

Dicha acción se fundamentó en que en esos establecimientos penitenciarios no se está cumpliendo con los lineamientos para control, prevención y manejo de casos por Covid-19 establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, pues no se han suministrando los elementos de aseo e higiene, no se tienen zonas de aislamiento para posibles contagios del virus y no se cuenta con servicio médico y de enfermería las 24 horas.

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga, en providencia del 21 de abril de 2020, concedió el amparo de la tutela y en consecuencia impartió una serie de órdenes para la protección de los derechos de las personas reclusas en dichos establecimientos, incluyendo el EPAMS de Girón.

5.5.3. La Defensoría carece de legitimación por pasiva, puesto que la entidad no ha incurrido en acción u omisión alguna que se traduzca en la vulneración de los derechos fundamentales del actor.

5.6. La **Corte Constitucional** expuso los siguientes argumentos de defensa:

5.6.1. Carece de legitimación en la causa por pasiva, debido a que la Corte Constitucional no actuó ni intervino en los trámites liderados por el Gobierno Nacional para afrontar la situación de riesgo de salubridad generada por el Covid-19, al interior de los centros carcelarios del país. Además, no es la autoridad encargada de poner en práctica ninguna de las medidas contempladas en el Decreto 546 de 2020, pues dicha competencia recae en la jurisdicción penal y en la autoridad penitenciaria.

En todo caso, tampoco se advierte la vulneración de los derechos fundamentales del actor por parte de la Corte, en la medida en que en el escrito de tutela no se detallaron circunstancias particulares, concretas y específicas que permitan llegar a una conclusión al respecto.

5.6.2. Con todo, la Corporación ha proferido varios autos a fin de la protección de la población privada de la libertad en el marco del Covid-19, tal como el 110 de 2020 y el 157 de 2020. En el primero se tomaron medidas provisionales en el caso de personas privadas de la libertad en centros de detención transitoria a cargo de entidades como la Policía Nacional y la Fiscalía General de la Nación; en el segundo, respecto de la situación sanitaria que afecta a la cárcel de Villavicencio.

Asimismo, el 3 de junio de 2020 se profirió un auto de pruebas en el cual la Sala Especial de Seguimiento a las Sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015 solicitó información sobre las medidas implementadas para disminuir el riesgo de contagio por Covid-19, así como de las estrategias para mitigar sus efectos en los establecimientos de reclusión en el país.

Particularmente, se requirió información sobre la caracterización de las personas privadas de la libertad por factores de patologías médicas y edad; la implementación de protocolos de atención preventiva y de atención médica; los suministros de medicamentos; la realización de pruebas médicas de contagios; el suministro y frecuencia de entrega de kit de aseo, y otras medidas. Todo lo cual demuestra que la Corte Constitucional está haciendo seguimiento al tema.

5.7. El **Senado de la República** argumentó que no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, debido a que "*Las pretensiones del accionante tienen que ver, con funciones propias de la Rama Ejecutiva*", mas no con la competencia del Congreso de la República.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. De la acción de tutela. Generalidades

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, es una acción residual que permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales que sean vulnerados o amenazados, por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La acción procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar de fondo los argumentos que proponga el demandante.

El carácter subsidiario de la acción de tutela responde a que ésta es procedente cuando no existe otro mecanismo judicial o administrativo para proteger el derecho fundamental o porque habiéndolo se configuró un perjuicio irremediable¹. Así entonces, una acción de tutela propende por la protección de aquellos derechos fundamentales que de otra forma se verían desamparados, pero no por eso puede entenderse que es el único mecanismo para su protección.

2. Planteamiento del problema jurídico

2.1. El señor Fabián Peña alegó la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad, debido a que, a su juicio, son insuficientes las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020, «*Por medio del cual se adoptan medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19, y se adoptan otras medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*».

La parte actora adujo que las medidas adoptadas en dicho decreto no solucionan el problema de hacinamiento carcelario y no evitan de manera efectiva la propagación del Covid-19. Por consiguiente, solicitó que se ordenara el beneficio

¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-543 de 1992.

de prisión domiciliaria, pues, en su criterio, es la medida que garantiza de manera efectiva sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la dignidad humana.

2.2. De acuerdo con lo expuesto, a juicio de la Sala, el problema jurídico se concreta a decidir si la tutela es procedente para efecto de evaluar la conveniencia y efectividad de las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 y para ordenar la prisión domiciliaria en el caso del señor Fabián Peña.

3. De las medidas adoptadas en materia penitenciaria para efecto de evitar y controlar la propagación del Covid-19

3.1. Como es de público conocimiento, el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró como pandemia la enfermedad denominada Covid-19 e instó a los diferentes Estados a tomar decisiones urgentes y concretas para mitigar el contagio. Dicha declaratoria tuvo sustento en los alarmantes niveles de propagación y gravedad de los casos de contagio y los niveles de inacción para controlar el brote.

3.1.1. Asimismo, la Organización propuso un enfoque basado en la participación de todo el gobierno y de toda la sociedad, en torno a una estrategia integral dirigida a prevenir las infecciones, a salvar vidas y a reducir al mínimo los efectos de la pandemia. Los puntos clave de la estrategia son: (i) prepararse; (ii) detectar, proteger y tratar; (iii) reducir la transmisión, e (iv) innovar y aprender.

3.1.2. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud existe suficiente evidencia para concluir que el Covid-19 se transmite de persona a persona a gran velocidad, que puede traspasar fronteras geográficas a través de pasajeros infectados y que puede desencadenar una neumonía grave y ocasionar la muerte.

3.2. Con base el pronunciamiento de la Organización Mundial de la Salud, mediante Resolución 385 el 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia declaró la emergencia sanitaria por causa del Covid-19 y adoptó medidas para evitar la propagación.

3.3. En el marco de la crisis de salud pública causada por el Covid-19, por comunicación del 20 marzo de 2020, la alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sostuvo que el Covid-19 ha empezado a propagarse en las prisiones, en las cárceles, en los centros de detención de migrantes y en instituciones psiquiátricas y destacó la situación de especial vulnerabilidad de las poblaciones allí recluidas.

3.4. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana Derechos Humanos, en la Declaración 1/20 del 9 de abril de 2020 y en la Resolución 001 de 2020², urgió a

² En lo pertinente la Resolución dice:
Personas Privadas de Libertad

45. Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, incluida la reevaluación de los casos de prisión preventiva para identificar aquéllos que pueden ser convertidos en medidas alternativas a la privación de la libertad, dando prioridad a las poblaciones con mayor riesgo de salud frente a un eventual contagio del COVID-19, principalmente las personas mayores y mujeres embarazadas o con hijos lactantes.

46. Asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión. En el caso de personas condenadas por graves violaciones a los derechos humanos y delitos de lesa humanidad, atendiendo el bien jurídico afectado, la gravedad de los hechos y la obligación de los Estados de sancionar a los responsables de tales violaciones, tales evaluaciones requieren de un análisis y requisitos más exigentes, con apego al principio de proporcionalidad y a los estándares interamericanos aplicables.

los Estados para enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad, en el marco de la pandemia por Covid-19 y la situación de sobrepoblación carcelaria. La Comisión también reconoció que dicho contexto puede derivar en un mayor riesgo para las personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad interior de las unidades de privación de la libertad y, por ende, sugirió “*disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad*”.

3.5. Estas recomendaciones tienen relevancia directa con el caso colombiano, pues, como se sabe, la Corte Constitucional ha verificado la constante vulneración de derechos a población privada de la libertad y el aumento de la situación de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios. Así, mediante sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 2015 y el Auto 121 2018, ha reiterado que existe un estado cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario y ha indicado acciones necesarias para mitigar la grave situación de derechos humanos de personas privadas de la libertad. Por ejemplo, la Corte ha indicado la necesidad de una política criminal que aplique excepcionalmente la medida preventiva de aseguramiento³.

3.6. En ese contexto, por Decreto 546 del 14 de abril de 2020, el Gobierno Nacional adoptó medidas para sustituir la pena de prisión y la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al Covid-19. Asimismo, dispuso medidas para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación de dicho virus.

3.6.1. Con base en información suministrada por la Organización Mundial de la Salud⁴ y la Organización de Naciones Unidas⁵ y la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho⁶, el Decreto 546 de 2020 identificó la situación de especial vulnerabilidad de ciertos grupos de personas privadas de la libertad y adoptó medidas dirigidas a mitigar el riesgo de contagio por Covid-19. Concretamente, adoptó como medida especial la posibilidad de otorgarles prisión o detención domiciliaria. En cuanto a las personas en especial situación de vulnerabilidad, el Decreto 546 identificó a los siguientes grupos:

(i) *Personas que hayan cumplido 60 de edad.*

47. Adecuar las condiciones de detención de las personas privadas de libertad particularmente en lo que respecta a alimentación, salud, saneamiento y medidas de cuarentena para impedir el contagio intramuros del COVID-19, garantizando en particular que todas las unidades cuenten con atención médica.

48. Establecer protocolos para la garantía de la seguridad y el orden en las unidades de privación de la libertad, en particular para prevenir actos de violencia relacionados con la 17 pandemia y respetando los estándares interamericanos en la materia. Asimismo, asegurar que toda medida que limite los contactos, comunicaciones, visitas, salidas y actividades educativas, recreativas o laborales, sea adoptada con especial cuidado y luego de un estricto juicio de proporcionalidad.

³ Corte Constitucional. Sentencia T-762 de 2015.

⁴ La Organización Mundial de Salud, en la guía provisional 15 marzo, denominada: «*Preparación, prevención y control de COVID-19 en prisiones y otros lugares de detención*», afirmó que alrededor de uno cada cinco personas con la enfermedad coronavirus COVID-19 se enferman gravemente y desarrolla cuadros respiratorios de cuidado clínico. Los adultos mayores y aquellos con problemas médicos subyacentes, como presión arterial alta, problemas cardíacos o diabetes, son más propensos a desarrollar enfermedades graves.

⁵ La Resolución 65-229 del 16 de marzo de 2011, dictada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que aprueba las denominadas Reglas de Bangkok, indicó que las mujeres privadas de la libertad se encuentran en grupo poblacional cuyas condiciones de vulnerabilidad imponen la necesidad de dar un manejo penitenciario diferencial a población.

⁶ De acuerdo con los lineamientos dictados por la Dirección de Política Criminal del Ministerio de Justicia y del Derecho, de fecha 30 de marzo de 2020, es necesario en el contexto de emergencia de salud que se atraviesa, adoptar medidas como las que dispone el Decreto Legislativo, en aquellos casos en los cuales los niños conviven con sus madres en los diferentes sitios reclusión, en cumplimiento del mandato constitucional.

(ii) Madres gestantes o con hijo menor (3) años de edad, dentro de los establecimientos penitenciarios.

(iv) Personas en situación de internamiento carcelario que padezcan cáncer, VIH e insuficiencia renal crónica, diabetes, insulino dependientes, trastorno pulmonar, anticoagulación, hepatitis B y hemofilia, artritis reumatoide, enfermedades tratadas con medicamentos inmunosupresores, enfermedades coronarias, personas con trasplantes, enfermedades autoinmunes, enfermedades huérfanas y cualquier otra que ponga en grave riesgo la salud o la vida del recluso, conformidad con la historia clínica del interno y la certificación expedida por sistema general de seguridad en salud al que pertenezcan (contributivo o subsidiado) o personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional Salud la persona privada la libertad.

(iv) Personas con movilidad reducida por discapacidad debidamente acreditada conformidad con la historia clínica del interno y certificación expedida por el sistema general de seguridad social en salud que pertenezca (contributivo o subsidiado) o personal médico del establecimiento penitenciario y carcelario, cuando se encuentren a cargo del Fondo Nacional de Salud del privado de la libertad.

(v) Personas condenadas o que se encontraren con medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento penitenciario y carcelario por delitos culposos.

(vi) Condenados a penas privativas de la libertad de hasta cinco (5) años prisión.

(vii) Quienes hayan cumplido el cuarenta por ciento (40%) la pena privativa de libertad en establecimiento penitenciario, atendidas redenciones a que se tiene derecho.

3.6.2. En todo caso, dicho beneficio no fue absoluto, pues, en el artículo 6 fueron excluidos los condenados por ciertos delitos considerados graves, como genocidio, homicidio doloso, homicidio agravado, hurto calificado, delitos contra libertad, integridad y formación o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, entre otros.

3.6.3. Adicionalmente, para efecto de acceder al beneficio de detención o prisión domiciliaria, el artículo 7 del Decreto 546 de 2020 dispuso, en resumen, los siguientes procedimientos:

(i) Personas cobijadas con medida de aseguramiento de detención preventiva. Trámite de oficio, que consiste en que, previa recopilación de información relevante entre el INPEC y la Fiscalía General de la Nación, la procedencia del beneficio debe decidirla el juez de control de garantías asignado por reparto o el juez que conozca el caso. Ese trámite también puede iniciarse con solicitud del interesado al juez coordinador del Centro de Servicios Judiciales, que asignará el asunto por reparto y la decisión será susceptible de recurso de apelación, en el efecto devolutivo.

(ii) Personas condenadas. Únicamente se prevé un trámite de oficio, que señala una etapa previa de recolección de información relevante y una etapa de decisión a cargo de «los Juzgados de Ejecución de y Medidas de Seguridad respectivos». Asimismo, se indica que la correspondiente decisión es pasible de recurso de reposición.

(iii) El artículo 15 prevé una posibilidad adicional de procedimiento, pues autoriza para que la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de Nación por medio de sus procuradores penales I y II y las personerías distritales y municipales pueden identificar los casos en que sea procedente aplicar la detención o prisión domiciliaria y realizar las solicitudes respectivas. La solicitud debe presentarse ante el INPEC, que la evaluará y, de encontrarla procedente, la enviará al juez competente.

3.6.4. Ahora, para garantizar la celeridad en la evaluación de casos y las decisiones, el artículo 31 del Decreto 546 señaló que “*durante aislamiento preventivo obligatorio se permitirá derecho a la circulación de los funcionarios públicos de la Rama Judicial, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo que requieran adelantar los procedimientos previstos en el presente decreto. Lo anterior bajo acreditación con documento de identidad y carné institucional. excepción incluye los casos en los cuales el servidor judicial es transportado por un tercero para acudir a los despachos judiciales*”.

3.6.5. Asimismo, para aumentar la celeridad de las decisiones, los Acuerdos PCSJA20-11546 y PCSJA20-11549, dictados por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura, eximieron de reparto de tutelas y *habeas corpus* a los juzgados penales municipales con función de control de garantías del Sistema Penal Acusatorio y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

4. Sobre la procedencia o no de las pretensiones de la parte actora

4.1. Debe recordarse, en primer lugar, que la parte actora alega que no son suficientes los criterios adoptados en el Decreto 546 de 2020 para sustituir la pena de prisión y medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia, a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al Covid-19.

4.2. Es decir, de entrada, se advierte que el demandante cuestiona un decreto legislativo expedido en virtud de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica, cuyo control le corresponde a la Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 215 y 241 de la Constitución Política.

De ahí que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir las inconformidades que surjan sobre esta clase de instrumentos normativos, aun más cuando el reproche se limita al mero desacuerdo frente al alcance de las medidas adoptadas en el referido decreto. Circunstancia que para esta Sala en modo alguno implica la vulneración de derechos fundamentales del actor.

4.3. De hecho, lo advertido es que las medidas establecidas en el Decreto 546 de 2020 no causan un riesgo inminente frente a derechos fundamentales. Al contrario, estas resultan razonables y proporcionales.

4.4. Tampoco se advierte la existencia de una situación especial de vulnerabilidad, pues, de acuerdo con lo alegado en la demanda de tutela y lo probado en el expediente, la parte actora no se encuentra en situación de riesgo extraordinario frente al Covid-19. Aquella ni manifestó ni demostró, por ejemplo, que fuera mayor de 60 años o que tuviera comorbilidades graves.

4.5. Además, debe decirse que la medida de excarcelación no ha sido la única adoptada en el marco de la emergencia sanitaria, pues, como bien lo informó el Ministerio de Justicia y del Derecho, se dictaron otras directrices, tales como: **(i)** la Directiva 004 del 11 de marzo de 2020, que estableció protocolos para evitar la propagación del virus; **(ii)** el Anexo a la Directiva 004, que dispuso la suspensión de visitas y el aislamiento de los reclusos contagiados o con sospecha de contagio; **(iii)** la Resolución 1274 de 2020, que declaró la urgencia manifiesta en los establecimientos penitenciarios y carcelarios y autorizó la contratación directa para efecto de atender los asuntos referentes a la pandemia; **(iv)** el Oficio 2020IE0057256 del 31 de marzo de 2020, que presentó la guía de orientación para prevenir y manejar casos de Covid-19 en establecimientos penitenciarios y carcelarios; **(v)** la Circular 019 del 16 de abril de 2020, que impartió lineamientos para el control, prevención y manejo de casos por Covid-19, y **(vi)** la Resolución 000197 del 25 de marzo de 2020, que también declaró la urgencia manifiesta en materia de contratación referida a las medidas para evitar la propagación del Covid-19.

4.6. Siendo así, es claro que el tutelante debe acudir al proceso constitucionalmente previsto para cuestionar los decretos legislativos, esto es, el control automático de constitucionalidad, previsto en el artículo 241 [numeral 7] de la Constitución Política⁷. A juicio de la Sala, se trata de un mecanismo idóneo y eficaz, toda vez que otorga la posibilidad a los ciudadanos intervenir y exponer sus objeciones, según lo dispone el artículo 37 del Decreto 2067 de 1991⁸.

4.7. De hecho, una vez revisado el sistema de información de la Corte Constitucional, la Sala encontró que actualmente se tramita el control automático de constitucionalidad del Decreto 546, bajo el radicado RE277. En el marco de ese proceso es donde el actor debería intervenir y alegar las inconformidades que tiene en cuanto a las medidas adoptadas en el mencionado decreto.

4.8. Por otra parte, también es improcedente estudiar si la parte actora puede acceder al beneficio de prisión domiciliaria en el marco de la emergencia por Covid-19, pues, como se vio, existe un procedimiento especial en ese sentido, el cual debe decidirlo el respectivo juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. En otras palabras, al juez de tutela no le compete determinar si el señor Fabián Peña puede beneficiarse de prisión domiciliaria, por cuanto se trata de una decisión que corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, en los términos del Decreto 546 de 2020.

4.9. Finalmente, la Sala entiende la preocupación que tiene el demandante por su salud y, en ese sentido, advierte que, en los términos del artículo 26 del Decreto 546 de 2020, la Uspec y el Inpec quedaron facultados para que *«realicen los traslados presupuestales necesarios y adelanten la contratación directa de obras, bienes y servicios requeridos a cargo de los recursos del presupuesto asignado, como los recursos que en materia salud (sic) administra el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas la Libertad, sin sobrepasar la destinación específica de este último,*

⁷ A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: [...]

7. Decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el Gobierno con fundamento en los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.

⁸ Artículo 37. Para la efectividad de la intervención ciudadana, en la revisión de los decretos legislativos, repartido el negocio, o el magistrado sustanciador ordenará que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de cinco días, durante los cuales, cualquier ciudadano, podrá intervenir por escrito, para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto.

previa autorización del Consejo Directivo del IINPEC con el objeto de tomar todas las medidas sanitarias a fin de mitigar los efectos derivados del COVID-19, que permitan garantizar la salud y bienestar la población privada de la libertad y las condiciones laborales de los servidores penitenciarios y auxiliares bachilleres, así como todo aquello necesario para el cumplimiento de la misionalidad». Es decir, de manera coordinada, la Uspec y el Inpec deben adquirir y proveer los elementos de bioseguridad al interior de los establecimientos penitenciarios o carcelarios, con el fin de controlar la propagación del Covid-19 y atender a los contagiados.

Por consiguiente, es pertinente instar a la Uspec y al Inpec para que, de manera coordinada, provean los elementos y servicios necesarios para controlar la propagación del Covid-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país y atender al personal contagiado. La Sala considera necesario insistir en que los elementos de bioseguridad (tapabocas, jabón, gel antibacterial, etcétera) son de vital importancia para evitar la propagación del virus entre las personas privadas de la libertad y las personas encargadas de vigilarlos y atenderlos.

4.10. Siendo así, queda resuelto el problema jurídico: la acción de tutela no es procedente para efecto de cuestionar el Decreto 546 de 2020 ni para decidir si el señor Fabián Peña puede ser beneficiario de prisión domiciliaria, por razón de la pandemia ocasionada por el Covid-19. Por consiguiente, se declarará la improcedencia la tutela. Además, la Sala instará a la Uspec y al Inpec y al director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón – Santander, para que provean los elementos necesarios para controlar y mitigar la propagación del Covid-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país y para atender a los contagiados.

Por lo expuesto, el **Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

- 1. Declarar** la improcedencia de la acción de tutela promovida por *Fabián Peña*, por las razones expuestas en esta providencia.
- 2. Instar al Inpec, a la Uspec y al director del Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Girón – Santander** para que, de manera coordinada, provean los elementos de protección personal necesarios para controlar y mitigar la propagación del Covid-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país para atender a los contagiados, incluyendo el EPAMS de Girón.
- 3. Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
- 4. Publicar** esta providencia en la página web del Consejo de Estado.
- 5. Enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

(Firmado electrónicamente)
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta de la Sala

(Firmado electrónicamente)
MILTON CHAVES GARCÍA
Consejero

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Consejero

