

ACCIÓN DE TUTELA / VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD / LESIONES A RECLUSO EN CENTRO CARCELARIO POR DISTURBIOS / SUMINISTRO DE ELEMENTOS DE PROTECCIÓN PARA EVITAR EL CONTAGIO DEL COVID 19

En el presente caso, el señor [F.J.R.] como agente oficioso de [los accionante], pretenden la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal (...) A la Sala corresponde determinar (...) si se vulneró el derecho fundamental a la salud de los [actores] porque, pese a que se encontraban en recuperación de las lesiones que sufrieron al interior del centro carcelario, no fueron debidamente asilados y no se les proporcionaron y garantizaron los elementos y protocolos de seguridad para evitar el contagio del covid-19. (...) [N]o existe evidencia alguna del suministro de elementos de protección como gel antibacterial, tapabocas, jabón y agua para la buena condición de salud de los reclusos, o siquiera, los reportes de las contrataciones suscritas para la compra y suministro de dichos insumos para atender la emergencia, en uso de las facultades conferidas por la Resolución 1274 de 25 de marzo de 2020. La Sala no desconoce las difíciles circunstancias que enfrentan las cárceles del país por el hacinamiento declarado, no obstante la autoridad penitenciaria nacional ha regulado el tratamiento que debe darse al Covid-19 al interior de las cárceles, de manera que, ante la ausencia de pruebas por parte de la autoridad competente de darles cumplimiento y ante la afirmación de los reclusos, justamente, frente al incumplimiento de los protocolos de aislamiento y seguridad, por la gravedad del asunto, en este caso se encuentra acreditada la amenaza inminente para el derecho fundamental a la salud de los demandantes. En el presente caso, queda pues demostrada la amenaza del derecho fundamental a la salud de la parte actora, (...) toda vez que, como se vio, existe un riesgo en la salud de estos por las razones que se explicaron previamente. (...) Se impone entonces revocar la decisión de primera instancia del 30 de abril de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en su lugar, acceder al amparo del derecho fundamental a la salud de los [accionante].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA

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

Radicación número: 25000-23-15-000-2020-00910-01(AC)

Actor: JERSON MERANY SALGADO MARTÍN Y OTRO

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA Y OTROS

La Sala decide la impugnación presentada por la parte actora contra la providencia del 28 de enero de 2020, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que resolvió:

“PRIMERO. Levantar la medida provisional decretada al momento de admitir la presente acción.

SEGUNDO. Negar las pretensiones de la acción de tutela.

(...).”

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, mediante el señor Francisco Javier Romero como agente oficioso, ejercieron acción de tutela contra la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, el Director de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC, el Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “La Modelo”, la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, el magistrado Efraín Eduardo Bermúdez Mora, integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y el Director del Hospital Santa Clara, por considerar vulnerados los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

“(...

1. *Se ordene tutelar sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y la integridad personal de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna y que cese la vulneración de derechos.*
2. *En consecuencia, se ordene al Instituto Nacional y Penitenciario INPEC, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC y/o a la Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Bogotá CPMS “La modelo” adoptar e implementar las acciones pertinentes que sean objetivamente eficaces para salvaguardar los derechos a la vida y a la salud de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna. Esto es: garantizar el acceso oportuno a los servicios de salud, garantizar el suministro de los medicamentos ordenados por sus médicos tratantes de manera oportuna y continua, garantizar las citas médicas de control programadas con ocasión del tratamiento de las heridas por arma de fuego de la que en circunstancias que se investigan fueron víctimas, garantizar la comunicación con sus familiares a través de canales telefónicos y/o virtuales para informarles de su estado de salud, de su evolución clínica y de sus necesidades en salud, lo que además aporta a su salud mental.*
3. *Ordenar al Instituto Nacional Penitenciario INPEC, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC y/o a la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “La Modelo” materializar el distanciamiento persona a persona y la entrega inmediata de elementos como tapabocas, alcohol antiséptico, jabones y garantizar el acceso permanente al agua a los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna y a los demás privados de libertad que se encuentran en la celda primaria.*
4. *Advertir al Instituto Nacional Penitenciario INPEC, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC y/o a la Cárcel y Penitenciaria de Media Seguridad de Bogotá CPMS “La Modelo” que sus agentes deberán*

abstenerse de tomar medidas a título de represalias contra los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna con ocasión de la presentación de esta acción de amparo constitucional.

- 5. Se Exhorte al señor Presidente de la República Dr. Iván Duque Márquez a impulsar con suma urgencia la expedición del decreto que el gobierno nacional anunció públicamente, en el marco de las medidas para contener la expansión del COVID-19, que permitiría otorgar la prisión domiciliaria transitoria a privados de libertad que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad como es el caso de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna.*
- 6. Se exhorte a la señora Ministra de Justicia y del Derecho Dra Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda a emitir con suma urgencia la expedición del decreto que el gobierno nacional anunció públicamente, en el marco de las medidas para contener la expansión del COVID- 19, que permitiría otorgar la prisión domiciliaria transitoria a privados de libertad que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad como es el caso de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna.*
- 7. Vincular a la presente acción pública de amparo constitucional a la Señora Consejera Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales: Dra. Nancy Patricia Gutierrez Castañeda, al Señor Procurador General de la Nación: Dr. Fernando Carrillo Flórez y al señor defensor del pueblo: Dr. Carlos Alfonso Negret Mosquera para que informen las acciones que han promovido o encaminado respecto de la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la intergridad personal de las personas privadas de libertad PPL durante emergencia carcelaria por COVID19 de conformidad con sus deberes funcionales como instituciones nacionales de Derechos Humanos y para que emitan concepto respecto de los hechos y las vulneraciones de derechos enunciadas en este escrito.*
- 8. Vincular a la presente acción pública de amparo constitucional a las autoridades judiciales que tienen a disposición a los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna esto es: al Tribunal Superior de Bogotá Sala Penal M.P. Efraín Eduardo Bermúdez Mora, proceso 11001600001920190101001 y Juzgado 4 de Ejecucion de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, proceso 11001600001520170679100 para que informen sobre el impulso procesal a las solicitudes de prisión domiciliaria elevadas en cada uno de sus procesos”.*

Como medida provisional solicitó:

“1. Se ordene al Instituto Nacional Penitenciario INPEC, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y carcelarios USPEC y/o a la Cárcel y Penitenciaría de Media Seguridad de Bogotá CPMS “La Modelo” adoptar e implementar todas las acciones pertinentes que sean objetivamente eficaces para salvaguardar los derechos a la vida y a la salud de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna. Esto es: garantizar el acceso oportuno a los servicios de salud, garantizar el suministro de los medicamentos ordenados por sus médicos tratantes de manera oportuna y continúa, garantizar las citas médicas de control programadas con ocasión del tratamiento de las heridas por arma de fuego de la que en circunstancias que se investigan fueron víctimas, garantizar la comunicación continua con sus familiares a través de canales telefónicos y/o virtuales para informarles de su estado de salud, de evolución clínica y sus necesidades en salud, garantizar el acceso permanente al agua, a elementos de higiene personal tales como jabones, elementos de protección como mascarillas tapabocas antibacteriales y alcohol antiséptico para que

puedan tener medidas preventivas frente a la pandemia Covid-19 junto con los demás internos del establecimiento carcelario y los miembros del cuerpo de custodia y vigilancia.

2. Se disponga que las autoridades judiciales que tienen a disposición a los señores Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna estas son: Tribunal Superior de Bogotá, Sala Plena M.P. Efraín Eduardo Bermúdez Mora, proceso 11001600001920190101001 el Juzgado 4 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, proceso 11001600001520170679100 respectivamente, emitan resolución de las solicitudes de sustitución de su estado de prisión por prisión domiciliaria que fueron presentadas por el servicio de defensoría pública en el primer caso y por la defensa técnica en el segundo”.

2. Hechos

De la lectura del expediente se advierten como hechos relevantes los siguientes:

El agente oficioso señala que los señores Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna se encuentran privados de la libertad en la cárcel la Modelo, dentro de la cual resultaron gravemente heridos en hechos del 21 de marzo de 2020, cuando algunos internos en intento de fuga se enfrentaron a la guardia y hubo cruce de disparos.

Los internos Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna fueron ingresados al Hospital Universitario Méderi y al Hospital Santa Clara, respectivamente, se les prestó la atención médica y quirúrgica necesaria y, una vez estabilizados, se les dio de alta y fueron remitidos nuevamente a la cárcel, con recomendaciones médicas de cuidado.

Indicó que la fecha de presentación de la tutela se encontraban aislados en una celda “primaria”, que comparten con 70 personas en condiciones de hacinamiento, que impiden cumplir con las medidas sanitarias de aislamiento social ordenadas por el Ministerio de Salud en razón a la pandemia del Covid-19 y que además no se cuenta en el establecimiento con elementos básicos como camas, agua potable, antibacteriales y tapabocas.

3. Argumentos de la tutela

La agente oficiosa señaló que, pese a que la Ley 1751 de 2015 declaró como fundamental el derecho a la salud, según la cual se garantizan tratamientos de calidad, oportunos y continuos, sin dilaciones o barreras injustificados, los señores Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna no cuentan con garantías para *“la realización de su derecho a la salud, estando en riesgo su integridad personal e incluso sus vidas”*, quienes son personas en condición de debilidad manifiesta.

Que el Gobierno Nacional anunció la expedición de un decreto que otorgaría el beneficio de prisión domiciliaria transitoria, el cual a la fecha no se ha expedido, pese a que la Ministra de Justicia y del Derecho indicó que se estaba proyectado el mencionado decreto y que el 25 de marzo de 2020, la Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos manifestó que *“mantener reos durante la crisis del Covid-19 conlleva un alto riesgo y debería ser una medida de último recurso (...)”*. Asimismo, el 31 de marzo de 2020 la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos CIDH exhortó a los Estados a garantizar la salud e integridad de las personas privadas de la libertad.

Relacionó un reporte del 11 de abril de 2020 del diario El Espectador, para señalar que en Colombia es latente la exposición al contagio del Covid-19 de las personas privadas de la libertad, por lo que, de no adoptar medidas urgentes para salvaguardarlos, vulnera los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

En escrito adicional la parte actora solicitó que se requiriera al Hospital Universitario Méderi y al Hospital Santa Clara para que remitan las historias clínicas de los señores Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna.

4. Trámite previo

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en auto del 21 de abril de 2020, admitió la acción de tutela, ordenó notificar a la parte actora al, Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a la Ministra de Justicia y del Derecho, al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, al Director de la Unidad Servicios Penitenciarios y Carcelarios - USPEC, al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo”, a la Consejera Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, al Magistrado Efraín Eduardo Bermudez Mora del Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, al Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, al Director del Hospital Universitario Méderi y al Director del Hospital Santa Clara.

Decretó como pruebas documentales las siguientes: (i) oficiar al Hospital Universitario Meredi y al Hospital Santa Clara para que remitiera copia de la historia clínica de los señores Jerson Merani Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna; (ii) oficiar al Director de la cárcel la Modelo para que remitiera informe detallado de las condiciones de aislamiento en que actualmente se encuentran los actores e igualmente informara si en virtud del Decreto Ley 546 de 2020, ese centro carcelario está efectuando el listado de internos a postular para el beneficio de excarcelación y, de ser así, si los accionantes hacen parte de dichos listados; (iii) oficiar al despacho del Magistrado Efraín Eduardo Bermudez Mora, del Tribunal Superior De Bogotá – Sala Penal, a fin de que remitiera información respecto a si dentro del proceso 11001600001920190101001 que se sigue contra Jerson Merary Salgado Martín existe solicitud de prisión domiciliaria y cual es el trámite que se le ha impartido y, (iv) en el mismo sentido, al Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, para que remitiera información si dentro del proceso 11001600001520170679100 frente al señor Diego Alejandro Calderón Serna.

Decretó la medida provisional solicitada por el agente oficioso y, en consecuencia, ordenó al Director del Establecimiento Carcelario de Bogotá cárcel la Modelo, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la decisión, les garantizara a los accionantes el acceso oportuno a los servicios de salud, el suministro de los medicamentos ordenados por sus médicos tratantes de manera oportuna y continua, el acceso permanente al agua, a elementos de higiene personal y de protección como tapabocas, antibacteriales y alcohol antiséptico, asistencia a las citas médicas de control programadas con ocasión del tratamiento de las heridas por arma de fuego y mantener informados a sus familiares a través de canales telefónicos o virtuales de su estado de salud.

En auto del 20 de abril de 2020 el despacho ordenó notificar el auto admisorio de la acción de tutela por el medio más expedito al Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de conocimiento y ordenó oficiar a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para que informe si el expediente 11001600001020100101001 dentro del cual se expidió el auto que acepta el desistimiento el 18 de marzo de 2020, fue notificado y vuelto al Juzgado de origen.

5. Oposición

La **Subred Integrada de Servicios Centro Oriente E.S.E- Hospital Santa Clara**, solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y se le desvincule de la presente acción, por considerar que su única participación en los hechos de la tutela fue la prestación del servicio médico asistencial al señor Diego Alejandro Calderón Serna, por sufrir herida de codo, heridas de otras partes del torax, lesión del nevio cubital, abdomen agudo y laparoscopia exploratoria.

Que no tiene responsabilidad ni en los hechos que se narran ni de las pretensiones que se elevan, pues es el INPEC es quien tiene a cargo la prestación de servicios de salud del señor Calderón Serna.

Indicó que en los registros de la historia clínica del señor Diego Alejandro Calderón Serna se encuentra indicación médica para que sea valorado por el cirujano de mano el 27 de abril de 2020, a las 10:40 a.m. en la UHMES La Victoria, no obstante, dijo que no tiene contacto con el centro penitenciario para notificar de la asignación de la cita.

La **Corporación Hospitalaria Juan Ciudad- Clínica Méredi** precisó que las pretensiones de la tutela se dirigen a que el INPEC suministre servicios de salud los cuales no son su responsabilidad, informó que atendió al señor Salgado Martín el 21 de marzo cuando ingresó por urgencias con herida de arma de fuego y fue dado de alta el 23 de marzo por la levedad de las lesiones, de lo cual da cuenta la historia clínica que adjunta.

El **Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad** que conoce del cumplimiento de la condena que fuera impuesta a Diego Alejandro Calderón, informa que dentro de la sentencia respectiva el juez de conocimiento negó la suspensión condicional y la prisión domiciliaria.

Aclaró dos situaciones, la primera, que para la fecha de presentación de la solicitud de tutela no había sido expedido el Decreto 546 de 2020, que contempla la prisión domiciliaria transitoria para algunos condenados internos en establecimientos carcelarios del país, este solo fue expedido el 14 de abril de 2020, y la segunda es que, no se hizo referencia a alguna situación específica en la que se encuentra el señor Calderón Serna y tampoco aportó documentos que lo demuestren.

El **Departamento Administrativo de la Presidencia de la República** solicitó que se declare improcedente la acción de tutela y se le desvincule del presente trámite, por considerar que las pretensiones no corresponden con las funciones que constitucional y legalmente atañen al presidente de la República y al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Hizo relación de los hechos medidas urgentes y necesarias que adoptó el gobierno nacional para afrontar la emergencia, en similares términos a los

expuestos por el INPEC y la Defensoría del Pueblo y alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva.

La **Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá** informó que efectivamente el despacho del Magistrado Efraín Eduardo Bermúdez Mora tiene a cargo el expediente 11001600001920191010001 en el que obra como procesado el señor Jerson Merany Salgado Martín, que fue condenado por hurto calificado y agravado, que, el 15 de octubre de 2019 el proceso ingresó al despacho para que fuera desatada la apelación que presentó la señora Yermi Liliana Angulo, también procesada.

El 26 de febrero de 2020 el apoderado de Jerson Merany Salgado Martín presentó solicitud de prisión domiciliaria y el 27 de febrero de 2020 la señora Yermi Liliana Angulo Soleto presentó escrito en el que desistió del recurso de apelación, por lo que, en auto del 18 de marzo de 2020 la Sala resolvió aceptar el desistimiento.

Comoquiera que el señor Salgado Martín no apeló la sentencia de primera instancia y en auto del 18 de marzo de 2020, se le aceptó el desistimiento del recurso a la señora Angulo Sotelo, el expediente fue devuelto al Juzgado Noveno Penal del Circuito con función de conocimiento, sin que se tenga información si debido a las actuales circunstancias sanitarias, la secretaría de esa Sala efectuó la devolución del expediente.

El **Ministerio de Justicia y del Derecho**, mediante la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria, sostuvo que carece de legitimación en la causa por pasiva, indicó que la administración de los establecimientos de reclusión del orden nacional corresponde al INPEC.

Relacionó las actuaciones previas desplegadas por el ente ministerial para declarar el estado de emergencia y las que tuvieron lugar con posterioridad a efecto de dar cumplimiento a todas las medidas, incluida la expedición del Decreto Ley 546 del 14 de abril de 2020.

La **Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC** manifestó que ha adelantado todas las gestiones dentro del marco de sus competencias para suministrar bienes y servicios a los establecimientos carcelarios y garantizar la prestación de los servicios de salud a los internos.

Señaló que corresponde a la Rama Judicial estudiar la concesión o no de los beneficios del Decreto 546 de 2020.

En cuanto a la medida provisional solicitada indicó que la Dirección de Infraestructura de la Unidad de Servicios Penitenciarios, de conformidad con las funciones asignadas en el Decreto 4150 de 2011, suministró información técnica relacionada con el suministro de agua potable en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional – ERON, en Bogotá.

Según el cual, el suministro de agua potable en los Establecimientos de Reclusión del orden nacional – ERON a cargo del INPEC, que se encuentran ubicados en la ciudad de Bogotá, lo provee directamente la Empresa de Acueducto de Bogotá y, por lo tanto, corresponde a esta entidad garantizar y mantener las condiciones óptimas del agua para consumo humano. Que los intervalos de tiempo de suministro son definidos por el director del Establecimiento Carcelario con el fin de evitar el uso irracional, por lo tanto, la USPEC solo se limita a garantizar la

infraestructura necesaria que permita la correcta distribución y suministro de agua potable.

También comunicó que en la cárcel la Modelo, hay suministro de agua en todas las áreas del establecimiento, no obstante, debido a la gran demanda de agua, la presión en las tuberías es baja, pero hay suministro constante, que, varios tanques de almacenamiento fueron quemados, razón por la cual se está realizando la reposición y reparación de las tuberías.

Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 440 de 2020, por el cual se adoptan medidas en materia de contratación entre las cuales se encuentran las adiciones y modificaciones requeridas en los contratos que tengan que ver con bienes, servicios u obras, cuya finalidad sea permitir una mejor gestión y mitigación en la situación de emergencia.

En general, dijo que ha adoptado las medidas pertinentes para la detección y manejo del Covid-19, y ha impartido las instrucciones que corresponde para asumir el problema de la mejor forma, que ha tomado medidas para garantizar el suministro de agua potable, labores de desinfección, detección primaria del virus y todas las demás que le corresponden.

Solicita tener en cuenta que existe un estado anormal de condiciones sanitarias no sólo en las cárceles sino en el país, originado en la pandemia que sufre el mundo y para el cual el Estado no estaba preparado y se encuentra haciendo su mejor esfuerzo para superarlo.

El Área de Sanidad de la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Bogotá la Modelo informó que, consultó con la oficina jurídica del Establecimiento Carcelario, que es el área encargada de elaborar el listado de posibles candidatos para ser beneficiarios con prisión domiciliaria transitoria, los actores no se encuentran incluidos en dicho listado.

En relación con el señor Diego Alejandro Calderón Serna dijo que no tiene conocimiento respecto de cita médica alguna agendada en algún centro hospitalario y no se ha radicado soporte alguno.

La **Defensoría del Pueblo** informó que, revisado el sistema de información institucional y de atención, con el nombre y cédula de los actores no se encontró registro alguno como usuarios, peticionarios o afectados, por lo que la Defensoría no puede hacer pronunciamiento alguno frente a los hechos que motivaron la acción de tutela y sostuvo que no cuenta con elementos probatorios que aportar.

Se refirió al estado de cosas inconstitucional en las cárceles del país, declarado por la Corte Constitucional en las sentencias T – 153 de 1998, T – 388 de 2013 y T – 762 de 2015 y manifestó que, en relación con la medidas adoptadas para la prevención de contagio del virus, la entidad ha revisado las decisiones administrativas que ha adoptado la autoridad penitenciaria, para lo cual se refirió a las resoluciones y actos administrativos que el INPEC ha expedido para el efecto.

Entre ellas la declaración de emergencia penitenciaria y carcelaria, Resolución 001144 del 22 de marzo de 2020, la urgencia manifiesta debido a la pandemia, a los amotinamientos y a las graves condiciones sanitarias y de salud, Resolución 1274 del 25 de marzo de 2020. Asimismo, se refirió al Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, mediante el que el gobierno nacional decretó medidas para sustituir la pena de prisión y la detención preventiva en establecimientos

cárcelarios por la prisión y detención domiciliaria transitoria para la población carcelaria que se encuentra en las específicas situaciones allí descritas.

Solicitó que se desvincule del presente trámite.

La **Procuraduría General de la Nación** dijo que, de conformidad con las competencias de la entidad, se debe declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de todas las pretensiones de la acción de tutela, pues no ha adelantado actuación alguna en detrimento de los intereses de los accionantes.

Dijo que, en uso de las facultades preventivas y de intervención que le asisten al Ministerio Público, procedió a poner en conocimiento del asunto a la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, para que, si lo considera, intervenga de manera directa en el trámite constitucional.

El **Instituto Nacional y Penitenciario INPEC** señaló que no ha violado, no esta violando ni amaneza violar los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela.

Indicó que no tiene competencia para resolver respecto de la pretensión de prisión domiciliaria, que es el juez de conocimiento, en el caso de cada uno de los procesados, pues son los competentes para decretar la sustitución la detención intramural por domiciliaria.

El Director General del INPEC, en Resolución 001144 de 22 de marzo de 2020 declaró el Estado de Emergencia Carcelaria y Penitenciaria en razón a la emergencia sanitaria que atraviesa el país, al tiempo que, mediante Resolución 1274 de 25 de marzo de 2020, se declaró la urgencia manifiesta al interior del instituto para poder afrontar contractual y presupuestalmente la contingencia.

Adicionalmente, en Directiva 0004 de 11 de marzo de 2020, se impartieron instrucciones sanitarias para adoptarse al interior de los centros de reclusión, a fin de evitar el contagio y propagación del virus, las cuales están a cargo del director de cada establecimiento carcelario.

Adujo la falta de legitimación en la causa por pasiva, por considerar que no está dentro de la órbita de sus funciones responder a todas las pretensiones de los accionantes.

La **Procuraduría 138 Judicial II Administrativa** afirmó que para esa agencia es procedente acceder a las pretensiones de los accionantes, porque la situación médica y física de los accionantes permite deducir que se encuentran en amenaza inminente sus derechos a la salud, la vida e integridad física, porque después de ser intervenidos en las Clínicas Méderi y Santa Clara de Bogotá fueron nuevamente confinados en la cárcel la Modelo, en la que fueron hacinados con cerca de 70 presos en condiciones de mala calidad sanitaria, higiénica y médica, lo cual se concreta en la falta de camas, elementos de aseo, tapabocas, gel antibacterial y asistencia médica.

Que lo anterior indica la vulneración a los protocolos fijados por el Ministerio de Salud y Protección Social para prevenir y erradicar el coronavirus Covid-19, como el lavado de manos cada dos horas, el distanciamiento social y el confinamiento en condiciones de higiene y salubridad.

La vulneración alegada es actual, porque la infracción sigue sin solución a la fecha de radicación de la acción de tutela, es vigente, en tanto que las causas que lo generaron no han sido superadas y es continua, porque la trasgresión de los derechos se mantiene en el tiempo.

Que no cabe duda de la inminencia de la amenaza de los derechos reclamados por los accionantes, pues las condiciones físicas señaladas constituyen en Colombia un hecho notorio por el hacinamiento carcelario, el cual asciende a más del 80 %.

Respecto de las pretensiones referidas a las situaciones jurídicas sobre su detención las autoridades judiciales deberán, en el marco de sus competencias, atender y resolver tales situaciones con observancia del debido proceso y derecho de defensa que les asiste.

Aclaró que al interior del establecimiento carcelario se presta atención en salud a todos los privados de la libertad las 24 horas del día los siete días de la semana en el área de Sanidad y se está garantizando el suministro de elementos tales como alcohol, jabón, gel antibacterial y tapabocas necesarios para combatir la pandemia de COVID-19.

La **Procuradora 377 Judicial I Penal** reiteró los argumentos que expuso la Procuraduría 138 Judicial II Administrativa.

Dentro del expediente obra la copia digital de las historias clínicas de los accionantes, proporcionadas por el Hospital Universitario Mayor – Méderi respecto de Jerson Merany Dalgado Martín y el Centro Oriente ESE del señor Diego Alejandro Calderón Serna.

El **Director de la Cárcel y Penitenciaria de Mediana Seguridad de Bogotá** informó que el señor Jerson Merany Salgado Martín registra cubrimiento en Salud a cargo de la EPS Salud Total, entidad encargada de autorizar todo servicio que requiera el paciente.

Informó que el 21 de marzo de 2020 fue remitido a la clínica Mederi por presentar herida en antebrazo izquierdo, recibió atención en Salud integral hasta el 23 de marzo de 2020, fecha en la que fue dado de alta por el servicio de ortopedia y traumatología con medicamento ambulatorio y control por cirugía general.

Indicó que, una vez ingresó nuevamente al establecimiento carcelario, se ubicó en celdas de recepción adaptadas como aislamiento temporal para todo privado de la libertad que ingresa a la cárcel, en donde permaneció 22 días aislado como medida preventiva frente a la pandemia por el Covid-19, que, durante este periodo, le fue garantizada la atención en salud, igualmente suministro de agua potable y alimentación.

Que el 20 de abril de 2020, previa valoración médica por parte del área de sanidad, el señor Salgado Martín fue trasladado al patio cuatro de ese establecimiento carcelario.

En cuanto al señor Diego Alejandro Calderon Serna dijo que registra cubrimiento en salud a cargo del Fondo de Atención en Salud PPL 2019, encargado de autorizar todo servicio que requiera el paciente, que el 23 de marzo de 2020 fue remitido al hospital Santa Clara por presentar herida en codo izquierdo y tórax, en donde recibió atención en salud integral hasta el 23 de marzo de 2020 fecha en la

que el centro médico le dio de alta por el servicio de cirugía general con medicamento ambulatorio y retiro de puntos por el área de Sanidad INPEC.

Que, al ingresar nuevamente al establecimiento carcelario, fue ubicado en celdas de recepción adaptadas como aislamiento temporal para todo privado de la libertad que ingresa al mismo y permaneció allí 22 días, aislado como medida preventiva frente a la pandemia por el Covid -19. Durante este periodo le fue garantizada la atención en salud, igualmente suministro de agua potable y alimentación. El 20 de abril de 2020, previa valoración médica por parte del área de sanidad, fue trasladado al patio 2A.

Manifestó que al interior del establecimiento carcelario se presta atención en salud a todos los privados de la libertad las 24 horas del día los siete días de la semana en el área de Sanidad y se está garantizando el suministro de elementos tales como alcohol, jabón, gel antibacterial y tapabocas necesarios para combatir la pandemia de COVID-19.

6. Sentencia impugnada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en sentencia del 30 de abril de 2020, levantó la medida provisional decretada y negó las pretensiones de la acción de tutela, por las razones que se pasan a resumir.

Se pudo establecer que los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, el 21 de marzo de 2020, resultaron heridos en motín que se presentó en la cárcel la “Modelo”, por lo que fueron ingresados a centros clínicos de la ciudad, el señor Salgado Martín a la Clínica Méredi y el señor Calderón Serna al Hospital Santa Clara, donde se les brindó asistencia médica por heridas de arma fuego. De la revisión de las respectivas historias clínicas aportadas por los centros médicos, se advirtió que las heridas que presentaron no repercutieron gravedad, al punto que solamente ameritaron hospitalización de tres días, luego de los cuales fueron dados de alta y reingresados al centro carcelario.

En el caso de Jerson Merary Salgado se advierte en la nota de salida de su historia clínica, *“paciente estable desde el punto de vista hemodinámico, sin signos de esfuerzo ventilatorio ni bajo gasto, retiro de puntos en 15 días, control ambulatorio, formula médica y recomendaciones generales ante signos de alarma”*. De acuerdo con lo informado por el área de sanidad de la cárcel la Modelo, el señor Salgado estuvo aislado en la celda primaria cumpliendo cuarentena preventiva y salió de allí con destino a su patio y celda en buenas condiciones de salud. Igualmente, la oficina Jurídica del establecimiento de reclusión informó que mientras estuvo en aislamiento se le dio atención médica y se le suministraron elementos de protección como gel antibacterial y tapabocas, contó con los servicios de alimentación y agua potable.

En cuanto al señor Calderón Serna, la historia clínica reflejó igualmente atención médica de urgencia por herida de arma de fuego y que fue dado de alta con recomendaciones generales y con orden de hacer gestiones para obtener valoración por servicio de cirugía en la mano, quienes serían los encargados de determinar la movilidad de dicho órgano, asimismo, se informó fue atendido ambulatoriamente el 23 de marzo, regresó a ese establecimiento donde estuvo en aislamiento 22 días en celda primaria en la cual se le prestaron servicios de salud,

revisión de signos vitales, alimentación y se le ofrecieron antibacteriales, tapabocas, agua y jabón.

Que, valoradas las manifestaciones tanto del director centro penitenciario y del área de sanidad de este, se concluyó que efectivamente a los accionantes, luego de haberlos atendido en los centros médicos, los reingresaron al establecimiento de reclusión, donde se les brindaron las condiciones básicas de aislamiento ante la emergencia sanitaria que atraviesa el país. Está documentado que luego de 22 días de cuarentena fueron valorados medicamente y se autorizó el retorno a sus celdas por no presentar riesgo médico.

Indicó el despacho que de las pruebas obrantes en el expediente se encontró que las condiciones generales de salud en la fecha en que la oficina de sanidad de la cárcel los valoró -20 de abril-, eran satisfactorias, al punto de autorizar que fueran ubicados en los patios y celdas donde cumplen su condena y, contrario a lo referido por los accionantes a través de su agente oficioso, el director de la cárcel señaló que ha ofrecido los elementos necesarios para afrontar el aislamiento en medio de la pandemia que enfrenta el mundo.

Adicionalmente, que no puede pasarse por alto las circunstancias de reclusión en todos los establecimientos del país hace muchos años ha sido difícil, lo que conllevó a que la Corte Constitucional declarara un “estado de cosas inconstitucional”, el que se ve agravado por la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, que tiene en riesgo de contagiarse a la población del mundo y que ya ha permeado algunas cárceles del país, situación que generó que el Gobierno Nacional declarara el estado de emergencia sanitaria y el Director del INPEC declarara igualmente la emergencia carcelaria y el estado de calamidad para poder adoptar medidas que permitan proteger tanto al personal administrativo y operativo de las instituciones de reclusión, como a los internos, frente al Covid-19.

Precisó que, como medida provisional se ordenó al director de la cárcel la Modelo garantizar las condiciones de salud y aislamiento de los accionantes, decisión que se basó en los elementos de prueba aportados por la parte actora y dando credibilidad a sus dichos, en aras de salvaguardar de forma pronta la salud y la vida de los actores. Sin embargo, a la hora de dictar medidas definitivas advierte la Sala que, según los informes de las entidades accionadas, las medidas generales adoptadas propenden por la satisfacción de las garantías mínimas de reclusión, en un escenario caótico como es el del sistema carcelario y en medio de la crisis suscitada por la pandemia.

No existió prueba que a los accionantes se les haya negado el suministro de medicamentos, el acceso a citas médicas o exámenes diagnósticos, como tampoco de que no se les hayan suministrado elementos de bioprotección tales como jabón y tapabocas. Tampoco existen razones válidas para pensar que por las heridas sufridas durante el amotinamiento estén expuestos a riesgo inminente a la vida o salud, pues el certificado médico de la cárcel señala las condiciones de salud de ambos accionantes sin que se advierta la necesidad de una protección especial; lo que, de ordenarse, generaría una situación de desigualdad frente a los demás internos.

7. Impugnación

El agente oficioso de la parte actora, en el que señaló que el 14 de abril de 2020 promovió acción de tutela ante la Corte Suprema de Justicia, porque uno de los

vinculados era el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, sin embargo, fue notificado de que el asunto fue remitido por competencia.

Que el 17 de abril de 2020 radicó solicitud de vigilancia especial sobre el proceso ante la Procuraduría General de la Nación, toda vez que habían transcurrido 48 horas de ley para resolver la medida provisional, sin que hubiese asignado a alguno de los despachos competentes.

El 20 de abril de 2020 una empleada del despacho al que correspondió el conocimiento de la primera instancia de la acción de tutela, en el que le solicitó medios probatorios adicionales, por lo que procedió a enviarle documentos y un audio que fueron entregados por familiares de los accionantes.

Que el mismo día fue notificado de la admisión de la acción de tutela y de la medida cautelar decretada, la cual manifiesta *“no surtió efectos aplicables”*, sin explicar las razones de su dicho.

Considera que el Tribunal Administrativo, Sección Segunda, Subsección A carecía de competencia para conocer y resolver el fallo de tutela de primera instancia y, que, en consecuencia se configuró una *“nulidad consecuente”*, al respecto, dijo que se desconoció el artículo 1 del Decreto 1983 de 2017, numeral 5, pues, la acción de tutela se dirigió ante la Corte Suprema de Justicia, lo cual no se hizo de manera caprichosa, pues una de las autoridades demandadas es el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal y, por lo tanto, debió ser conocida por el superior funcional.

Que *“el mecanismo de medida provisional urgente, también fue desdibujado al (sic), por un lado, resolverse varios días después a vencer las 48 horas de la presentación de su presentación (sic) y, por el otro, no hacer seguimiento al cumplimiento de lo que en ella se ordenó, haciendo que sus efectos a favor de los privados de libertad fueran absolutamente nugatorios pues no ha existido una comunicación continua de los internos con sus familiares”*, no se han implementado las acciones pertinentes para que se garanticen las condiciones básicas de salud a quienes resultaron heridos por armas de fuego al interior del establecimiento carcelario.

Sostuvo que la medida provisional se levantó con fundamento en las manifestaciones de las entidades accionadas, de las cuales el *a quo* concluyó que estaban superadas las razones que determinaron su imposición, pero que a los dichos de los demandantes no se les dio el mismo trato, con lo cual se les trasladó la carga de la prueba, cuando materialmente es imposible demostrar que al interior de la cárcel no se les ha entregado elementos de bioseguridad, no se ha llevado a las citas médicas de control al señor Salgado Martín.

Dijo además que no se decretaron pruebas de manera oficiosa que condujeran a establecer el estado de salud de los demandantes, por ejemplo, solicitar un concepto *“médico legal”* que determinara de manera imparcial los hechos de la demanda y las alegadas vulneraciones de derechos fundamentales.

Finalmente, expuso inconformidad con el pronunciamiento de la Defensoría del Pueblo que se enfoca en narrar las acciones generales de las autoridades penitenciarias y carcelarias han desplegado para prevenir la expansión del covid-19 al interior de los centros de reclusión, pero que no analizó de manera individualizada la situación de los actores.

Solicitó que “se ordene enviar el expediente a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que es la autoridad competente”.

8. Trámite de segunda instancia

El despacho sustanciador en auto del 27 de mayo de 2020 requirió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A para que aporte el auto admisorio de la acción de tutela y las contestaciones de la acción de tutela allegadas por el Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo”; la Oficina de Sanidad Instituto Nacional y Penitenciario INPEC; la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad- Clínica Méredi; el Juzgado Noveno Penal del Circuito con funciones de conocimiento y el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Adicionalmente se requirió al Hospital Universitario Méredi y al Hospital Santa Clara para que informen sí, con ocasión a las intervenciones quirúrgicas que realizaron a los señores Jerson Merani Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, respectivamente, programaron citas de control o algún otro procedimiento necesario para la recuperación del estado de salud de los reclusos.

Finalmente, al director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo” para que ampliara la contestación de la acción de tutela; allegara soportes que acrediten la atención médica y los controles realizados a los aquí actores para el tratamiento y recuperación de las lesiones que sufieron al interior del centro carcelario.

Adicionalmente, para que aporte todas las evidencias, soportes o cualquier medio probatorio que permita acreditar que en atención a la Resolución 1144 de 2020¹ se suministraron elementos de protección como gel antibacterial, tapabocas, jabón y agua para la buena condición de salud de los reclusos, incluidos los reportes de las contrataciones suscritas para la compra y suministro de dichos insumos para atender la emergencia, en uso de las facultades conferidas por la Resolución 1274 de 25 de marzo de 2020².

El Jefe Oficina Asesora Jurídica de la **Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.**, informó que de acuerdo con la información de la Dirección de consulta externa de la UMHES Santa Clara, Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE., el usuario Diego Alejandro Calderón Serna ingresó por el servicio de urgencias a la UMHES Santa Clara el día 23 de marzo del presente año y recibió atención por las especialidades de cirugía general y ortopedia. Fue dado de alta este mismo día con recomendaciones y signos de alarma y orden para control por ortopedia de mano por el servicio de consulta externa, cita que le fue programada en la UMHES La Victoria para el día 27 de abril, pero fue incumplida.

Para el efecto adjuntó indicaciones y ordenes médicas y reserva de la cita de control con la especialidad de cirugía de mano en la UMHES La Victoria el 27 de abril del presente año y el paciente no la cumplió.

¹ Por medio de la cual se declara el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional del INPEC.

² Por medio de la cual se declara la urgencia manifiesta en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y se dictan otras disposiciones.

El Jefe Jurídico de la **Corporación Hospitalaría Juan Ciudad - Hospital Universitario Méderi** comunicó que, según reportó el área de servicios ambulatorios, el señor Jerson Merany Salgado cuenta con asignación de cita para valoración post operatoria por cirugía general, con la especialista el día 9 de junio a las 2:40 p.m en la sede de la Corporación Hospitalaría Juan Ciudad, ubicada en Barrios Unidos.

Solicitó que se desvincule del presente trámite y señaló que Salud Total EPS, a la cual se encuentra afiliado el señor Jerson Merany es la única entidad legalmente facultada para garantizar los servicios de salud requeridos por el paciente y al establecimiento carcelario “la modelo”, garantizar los elementos de higiene personal y de protección con el fin de evitar propagación del virus entre los internos en el centro carcelario.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1 establece: *«Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto»*.

Esta acción procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A la Sala le corresponde resolver la impugnación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia del 30 de abril de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que negó el amparo solicitado.

En el presente caso, es necesario establecer si procede la acción de tutela para solicitar la protección de los derechos de las personas que se encuentran en detención intramuros, analizar respecto de los derechos fundamentales de los internos, para posteriormente abordar el caso concreto, en los términos de la impugnación.

(i) De la procedencia de la acción de tutela para solicitar la protección de los derechos de las personas que se encuentran en detención intramuros

En el presente caso, el actor solicita el amparo de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que existe una relación de “*especial sujeción*” entre el Estado y las personas que se encuentran en detención intramuros, y, que, en dicha relación, el Estado tiene el deber de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los internos³. En efecto, si bien las autoridades penitenciarias y carcelarias pueden limitar y restringir el ejercicio de ciertos derechos de los

³ Mediante sentencia T-153 de 1998, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional después de haber evidenciado las condiciones de hacinamiento en que se encontraban tanto los reclusos de las cárceles Bellavista de Medellín y Modelo de Bogotá D.C., como de las demás prisiones del país.

internos, ello debe realizarse a partir de criterios de “razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad”⁴.

Lo anterior, porque en el sometimiento del recluso a un régimen jurídico especial, se presenta una situación de subordinación que se verifica en los controles disciplinarios y administrativos mediante los cuales se restringe el ejercicio de ciertos derechos, inclusive fundamentales. Sin embargo, frente a los derechos que no quedan restringidos en virtud de la privación de la libertad, el Estado asume una posición de garante⁵.

Entre el recluso y el Estado se presenta una relación en la que surgen deberes y derechos mutuos. Por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva y, por otro, el cumplimiento de las funciones de la pena y el respeto por los derechos de la población carcelaria.

En este sentido, la Corte Constitucional, en sentencia T-690 de 2010, clasificó los derechos fundamentales en tres categorías: **(i)** Los que pueden ser suspendidos como consecuencia de la pena impuesta, como la libertad física y la libre locomoción; **(ii)** Los restringidos debido al vínculo de sujeción del recluso para con el Estado, como los derechos al trabajo, a la educación, a la familia, a la intimidad personal; y **(iii)** Los derechos que se mantienen incólumes o intactos, que no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre sometido al encierro, dado a que son inherentes a la naturaleza humana, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la salud y el derecho de petición, entre otros.

Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales, [relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud] en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado⁶.

El artículo 10 de la Ley 65 de 1993⁷ señala que el tratamiento penitenciario tiene la finalidad de *“alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario”*. Esto, porque el tratamiento penitenciario se basa en la dignidad humana y su objetivo es la readaptación social del interno a través de programas de estudio o trabajo que permitan redimir la pena y el derecho a la libertad⁸.

Luego, el respeto por las garantías mínimas fundamentales dentro de los establecimientos carcelarios y penitenciarios son obligaciones que el Estado adquiere mientras los internos cumplen las respectivas penas y medidas de aseguramiento, es decir, que la función de la pena no puede sacrificar las condiciones dignas de subsistencia de las personas privadas de la libertad.

De los derechos fundamentales invocados por el actor: dignidad humana y salud

⁴ Ver sentencia T-324 de 2011 de la Corte Constitucional.

⁵ Así se advirtió en el Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2011. ONU, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, presentado al Consejo de Derechos Humanos.

⁶ Sentencia T-578 de 2005, Corte Constitucional.

⁷ *“Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”*.

⁸ Ver sentencia T-213 de 2011 de la Corte Constitucional

En virtud de la especial relación de sujeción señalada en párrafos anteriores, es deber del Estado garantizar el pleno disfrute de los derechos que no han sido suspendidos y el respeto a la dignidad humana es un derecho que no permite limitación alguna. En efecto, el artículo 5º de la Ley 65 de 1993 indica como uno de sus principios rectores que en los centros de reclusión debe predominar *“el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”*.

Igualmente, el **derecho a la salud** no puede ser suspendido ni restringido como consecuencia de la privación de la libertad, en razón a que el recluso no puede por sí mismo afiliarse al Sistema General de Seguridad Social, ya sea en el régimen contributivo o subsidiado, ni pagar los costos de los servicios requeridos⁹. Por esto, y teniendo en cuenta la relación de especial sujeción, el Estado tiene la obligación de garantizar que los servicios que implica este derecho sean eficazmente proporcionados a través del INPEC y de los directores de los lugares de reclusión.

Además, el compromiso del estado en la garantía de la salud de los reclusos *“se extiende al mantenimiento de las condiciones óptimas de vida de quien enfermó bajo su custodia”*. Por tanto, también le corresponde garantizar el derecho a la salud de las personas que se encuentran en detención domiciliaria por motivo de enfermedad ocurrida durante la privación de la libertad¹⁰.

Caso concreto

En el presente caso, el señor Francisco Javier Romero como agente oficioso de Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, pretenden la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la vida y a la integridad personal, que considera vulnerados con las actuaciones la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, Director de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC, el Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo”, la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos y Asuntos Internacionales, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, el magistrado Efraín Eduardo Bermúdez Mora, integrante de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Juez Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, Director del Hospital Santa Clara.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en fallo del 30 de abril de 2020, resolvió la primera instancia de la acción de tutela de la referencia, en el sentido de negar las pretensiones y levantar la medida provisional solicitada.

En el escrito de impugnación el agente oficioso manifestó múltiples inconformidades con la decisión de primera instancia, que básicamente tienen que ver con: (i) la presunta falta de “competencia” del *a quo* y, (ii) la inversión de la carga de la prueba para acreditar que al interior de la cárcel no se les ha entregado elementos de bioseguridad, no se ha llevado a las citas médicas de control al señor Salgado Martín y la omisión en ejercer la facultad de decretar

⁹ Así lo consideró la Corte Constitucional en las sentencias T-389 de 1998, T-714 de 1996, T-065 de 1995, T-473 de 1995 y T-424 de 1992.

¹⁰ Ver sentencia T-324 de 2011 de la Corte Constitucional.

pruebas de oficio, en general, para obtener conocimiento de las condiciones de aislamiento, higiene y seguridad al interior del penal.

Problema jurídico

A la Sala corresponde determinar si se configura la causal de nulidad “por falta de competencia” alegada por la parte actora y si se vulneró el derecho fundamental a la salud de los señores Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna porque, pese a que se encontraban en recuperación de las lesiones que sufieron al interior del centro carcelario, no fueron debidamente asilados y no se les proporcionaron y garantizaron los elementos y protocolos de seguridad para evitar el contagio del covid-19.

Para el efecto, la Sala se referirá a la nulidad invocada, para posteriormente abordar el estudio de la vulneración al derecho fundamental a la salud invocado.

Del conocimiento de la acción de tutela en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección

Como se anticipó, a juicio de la parte actora, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A no era “competente” para conocer del trámite de la primera instancia de la acción de tutela del número de la referencia, pues, de conformidad con el numeral 5 del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, el conocimiento de la misma correspondía al superior funcional de la autoridad que profirió “la decisión cuestionada” y, considera que, dado que la tutela se dirigió contra el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, era la Corte Suprema de Justicia la llamada a conocer del trámite constitucional.

Tal argumento no está llamado a prosperar porque, si bien, la parte actora identificó como autoridad demandada al Tribunal Superior de Bogotá, también lo es que identificó múltiples autoridades del orden nacional, por lo que de conformidad con el mencionado Decreto 1069 de 2015 el conocimiento del asunto se podía ubicar en los tribunales administrativos, aunque resulta cierto que la vulneración alegada tenía que ver específicamente con las condiciones de reclusión en el establecimiento carcelario.

Sin embargo, de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, los jueces de tutela conocen “a prevención”, lo cual significa que un juez conoce de una causa con exclusión de otros que eran igualmente resultan competentes, como ocurrió en el caso objeto de estudio.

Finalmente, es necesario advertir que la falta de competencia y consecuente nulidad alegada no pueden ser declarados en este escenario constitucional, pues las reglas contenidas en el Decreto 1069 de 2015 son reglas de reparto y no de competencia.

Así lo sostuvo la Corte Constitucional en el Auto 211 de 2018¹¹, al señalar que, en aras de la prevalencia que revisten los principios de garantía efectiva de los derechos fundamentales y la informalidad y celeridad que caracterizan el trámite de la acción de tutela, debe entenderse que los artículos 2.2.3.1.2.1. al 2.2.3.1.2.5.

¹¹ Autos A-124 de 2009 M.P. Humberto Sierra Porto, A-022 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, A-112 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, A-033 de 2014 M.P. María Victoria Calle, A-042A de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, A-098 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, A-055 de 2015 M.P. María Victoria Calle Correa, A-076 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A-135 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, A-105 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, A-157 de 2016 M.P. Alejandro Linares Cantillo, A-087 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

del Decreto 1069 de 2015 (anteriormente Decreto 1382 de 2000)¹², que regulan el procedimiento de reparto, en ningún caso definen la competencia de los despachos judiciales. Al respecto dijo: *«Así pues, esta Corporación ha establecido que la observancia de dicho acto administrativo no puede servir como fundamento para que los jueces o corporaciones se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas contenidas en el mismo son meramente de reparto»*.

De acuerdo con lo anterior, no procede declarar la nulidad alegada por el agente oficioso.

En cuanto a la presunta mora en adoptar la medida provisional por parte del tribunal por no haberse dictado dentro de las 48 horas siguientes a la interposición de la medida y el no seguimiento del cumplimiento de la misma, no puede ser objeto de estudio en esta instancia pues, lo cierto es que se dictó la medida provisional y, de hecho, en la actualidad, ya no se encuentra vigente por cuenta de la decisión que negó las pretensiones de la acción de tutela en primera instancia, que es justamente la decisión impugnada, luego este no puede ser tenido en cuenta como un verdadero motivo de impugnación.

Del desconocimiento del derecho fundamental a la salud en el caso concreto

La parte actora considera vulnerado el derecho fundamental a la salud por parte de las entidades demandadas y solicitó que:

(i) se garantice el acceso oportuno a los servicios de salud, el suministro de los medicamentos ordenados por sus médicos tratantes de manera oportuna y continua, garantizar las citas médicas de control programadas con ocasión del tratamiento de las heridas por arma de fuego por de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna.

(ii) garantizar la comunicación con sus familiares a través de canales telefónicos y/o virtuales para informarles de su estado de salud, de su evolución clínica y de sus necesidades en salud.

(iii) materializar el distanciamiento y la entrega inmediata de elementos como tapabocas, alcohol antiséptico, jabones y garantizar el acceso permanente al agua a los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna y a los demás privados de libertad que se encuentran en la celda primaria.

En el trámite de la primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A negó el amparo solicitado con fundamento en que a los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna se les brindó asistencia médica por heridas de arma fuego que sufrieron. De la revisión de las respectivas historias clínicas aportadas por los centros médicos, se advirtió que las heridas que presentaron no repercutieron gravedad, al punto que solamente ameritaron hospitalización de tres días, luego de los cuales fueron dados de alta y reingresados al centro carcelario.

¹² El Decreto 1382 de 2000 fue derogado por el artículo 3.1.1. del Decreto 1069 de 2015, norma que a su vez y en virtud de su carácter compilatorio, consagró en los artículos 2.2.3.1.2.1. al 2.2.3.1.2.5. las disposiciones de naturaleza reglamentaria relacionadas con las reglas de reparto de las acciones de tutela. Posteriormente, mediante el Decreto 1983 de 2017 se modificaron los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015.

En cuanto a los protocolos de aislamiento, concluyó que, en el caso de Jerson Merary Salgado estuvo aislado en la celda primaria cumpliendo cuarentena preventiva y salió de allí con destino a su patio y celda en buenas condiciones de salud, que, la oficina Jurídica del establecimiento de reclusión informó que mientras estuvo en aislamiento se le dio atención médica y se le suministraron elementos de protección como gel antibacterial y tapabocas, contó con los servicios de alimentación y agua potable.

En lo relacionado con el señor Calderón Serna, también encontró que la historia clínica reflejó atención médica de urgencia por herida de arma de fuego y que fue dado de alta con recomendaciones generales y con orden de hacer gestiones para obtener valoración por servicio de cirugía en la mano, quienes serían los encargados de determinar la movilidad de dicho órgano, asimismo, fue atendido ambulatoriamente el 23 de marzo, regresó a ese establecimiento donde estuvo en aislamiento 22 días en celda primaria en la cual se le prestaron servicios de salud, revisión de signos vitales, alimentación y se le ofrecieron antibacteriales, tapabocas, agua y jabón.

Que, valoradas las manifestaciones tanto del “director centro penitenciario” y del área de sanidad de este, se concluyó que efectivamente a los accionantes, luego de haberlos atendido en los centros médicos, los reingresaron al establecimiento de reclusión, donde se les brindaron las condiciones básicas de aislamiento ante la emergencia sanitaria que atraviesa el país. Está documentado que luego de 22 días de cuarentena fueron valorados medicamente y se autorizó el retorno a sus celdas por no presentar riesgo médico.

Que según los informes de las entidades accionadas, las medidas generales adoptadas propenden por la satisfacción de las garantías mínimas de reclusión, en un escenario caótico como es el del sistema carcelario y en medio de la crisis suscitada por la pandemia y no existió prueba que a los accionantes se les haya negado el suministro de medicamentos, el acceso a citas médicas o exámenes diagnósticos, como tampoco de que no se les hayan suministrado elementos de bioprotección tales como jabón y tapabocas.

Por su parte, en la impugnación la parte actora manifiesta que el *a quo* les dio credibilidad a los argumentos expuestos por las entidades intervinientes y, por el contrario, se la restó a los argumentos del escrito de tutela, pese a que las entidades se encuentran en mejor condición para demostrar sus afirmaciones y porque los actores son personas privadas de la libertad, lo cual los ubica en una situación de debilidad manifiesta.

Por lo anterior, en auto del 27 de mayo de 2020, el despacho sustanciador del trámite de la segunda instancia de la acción de tutela de la referencia requirió al Hospital Universitario Méredi y al Hospital Santa Clara para que informaran si, con ocasión a las intervenciones quirúrgicas que realizaron a los señores los señores Jerson Merani Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, respectivamente, programaron citas de control o algún otro procedimiento necesario para la recuperación del estado de salud de los reclusos.

Asimismo, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera para que allegara la contestación del director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo”, porque no se encontró dentro del expediente digital.

Finalmente, al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo” para que ampliara la contestación de la acción de tutela; allegara soportes que acrediten la atención médica y los controles realizados a los aquí actores para el tratamiento y recuperación de las lesiones que sufrieron al interior del centro carcelario y aportara todas las evidencias, soportes o cualquier medio probatorio que permita acreditar que en atención a la Resolución 1144 de 2020¹³ se suministraron elementos de protección como gel antibacterial, tapabocas, jabón y agua para la buena condición de salud de los reclusos, incluidos los reportes de las contrataciones suscritas para la compra y suministro de dichos insumos para atender la emergencia, en uso de las facultades conferidas por la Resolución 1274 de 25 de marzo de 2020¹⁴.

En cumplimiento de lo anterior, la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E., informó que de acuerdo con la información de la Dirección de consulta externa de la UMHES Santa Clara, Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE., el usuario Diego Alejandro Calderón Serna tenía cita programada de control por ortopedia de mano, por el servicio de consulta externa, para el día 27 de abril, pero fue incumplida y en la contestación inicial indicó que no tenía contacto con el establecimiento carcelario para comunicar de la asignación de la cita. La Corporación Hospitalaría Juan Ciudad - Hospital Universitario Méderi comunicó que el señor Jerson Merany Salgado cuenta con asignación de cita para valoración post operatoria por cirugía general, con la especialista el día 9 de junio a las 2:40 p.m en la sede de la Corporación Hospitalaría Juan Ciudad, ubicada en Barrios Unidos.

Por lo anterior, se ordenará al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo” que, en adelante las actuaciones necesarias para garantizar la programación de nueva cita de control a favor del señor Calderón Serna ante la UMHES Santa Clara, Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE., y se lleve a cabo y, respecto del señor Jerson Merany Salgado, de no haber asistido a la cita médica programada el 9 de junio de 2020, igualmente proceda con las gestiones necesarias para reprogramarla. En ambos casos, previo cumplimiento del protocolo de seguridad.

En relación con el requerimiento realizado al director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo”, dicho funcionario se refirió al procedimiento médico que se les practicó a los actores y señaló que, una vez fueron reintegrados a la cárcel, estuvieron aislados por el Covid-19 y se les aseguraron las condiciones de salud, sin embargo, no allegó pruebas tendientes a demostrarlo. Por tanto, es ausente alguna prueba documental que permita evidenciar el cumplimiento de los protocolos de aislamiento y seguridad adoptados al interior de la cárcel que se debían implementar en cumplimiento de la Resolución 1144 de 2020, por medio de la cual se declara el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional del INPEC.

Luego, no existe evidencia alguna del suministro de elementos de protección como gel antibacterial, tapabocas, jabón y agua para la buena condición de salud de los reclusos, o siquiera, los reportes de las contrataciones suscritas para la compra y suministro de dichos insumos para atender la emergencia, en uso de las facultades conferidas por la Resolución 1274 de 25 de marzo de 2020.

¹³ Por medio de la cual se declara el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria en los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional del INPEC.

¹⁴ Por medio de la cual se declara la urgencia manifiesta en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y se dictan otras disposiciones.

La Sala no desconoce las difíciles circunstancias que enfrentan las cárceles del país por el hacinamiento declarado, no obstante la autoridad penitenciaria nacional ha regulado el tratamiento que debe darse al Covid-19 al interior de las cárceles, de manera que, ante la ausencia de pruebas por parte de la autoridad competente de darles cumplimiento y ante la afirmación de los reclusos, justamente, frente al incumplimiento de los protocolos de aislamiento y seguridad, por la gravedad del asunto, en este caso se encuentra acreditada la amenaza inminente para el derecho fundamental a la salud de los demandantes.

En el presente caso, queda pues demostrada la amenaza del derecho fundamental a la salud de la parte actora, conformada por los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, toda vez que, como se vio, existe un riesgo en la salud de estos por las razones que se explicaron previamente.

Por lo anterior, se ordenará al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo” y la USPEC que, de manera coordinada con el INPEC y la USPEC, suministren elementos de protección como gel antibacterial, tapabocas, jabón y agua para la buena condición de salud de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, en coherencia con el documento emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social en el que se establecieron los lineamientos para el control y prevención de casos por Covid-19 para la población privada de la libertad- PPL- en Colombia, del 22 de marzo de 2020, en particular, el numeral 7.1. sobre prácticas de higiene saludables.

Asimismo, se instará al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo” y al USPEC para que, en adelante, le suministren a los reclusos, que estén en las mismas circunstancias de los demandantes, los elementos de protección antes mencionados.

Finalmente, en cuanto solicitud la remisión del expediente “a los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que es la autoridad competente”, no procede mediante el ejercicio de la acción de tutela.

Se impone entonces revocar la decisión de primera instancia del 30 de abril de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en su lugar, acceder al amparo del derecho fundamental a la salud de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por medio de la Sección Cuarta – Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

1. Revocar la decisión de primera instancia del 30 de abril de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en su lugar.

2. Amparar el derecho fundamental a la salud de los señores Jerson Merary Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, en consecuencia:

3. Ordenar al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá

CPMS “la Modelo” que adelanten las actuaciones necesarias para garantizar la programación de nueva cita de control a favor del señor Calderón Serna ante la UMHES Santa Clara, Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente ESE., y se lleve a cabo y, respecto del señor Jerson Merany Salgado, de no haber asistido a la cita médica programada el 9 de junio de 2020, igualmente proceda con las gestiones necesarias para reprogramarla. En ambos casos, previo cumplimiento del protocolo de seguridad.

4. Ordenar al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo” que, de manera inmediata y coordinada con el INPEC y la USPEC, suministren elementos de protección como gel antibacterial, tapabocas, jabón y agua para la buena condición de salud de los señores Jerson Merany Salgado Martín y Diego Alejandro Calderón Serna, en coherencia con el documento emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social en el que se establecieron los lineamientos para el control y prevención de casos por Covid-19 para la población privada de la libertad- PPL- en Colombia, del 22 de marzo de 2020, en particular, el numeral 7.1. sobre prácticas de higiene saludables.

5. Instar al Director del Centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Bogotá CPMS “la Modelo” y a la USPEC para que, en adelante, le suministren a los reclusos que estén en las mismas circunstancias los elementos de protección antes mencionados.

6. Enviar a la Corte Constitucional para su eventual Revisión.

7. Notificar a las partes por el medio más expedito posible.

8. Publicar la presente providencia en la página web del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en sesión de la fecha.

Con firma electrónica
STELLA JEANNETTE CARVAJAL BASTO
Presidenta de la Sección

Con firma electrónica
MILTON CHAVES GARCÍA

Con firma electrónica
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ