

Bogotá D.C., 12 de mayo de 2020

Honorable Magistrada
DIANA CONSTANZA FAJARDO RIVERA
Corte Constitucional
E.S.D.

Referencia: Intervención de la Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013.

Asunto: Revisión de constitucionalidad del Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020, por el cual se adoptan medidas de deshacinamiento en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Radicado: RE0000277

La Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013 (en adelante la Comisión) reúne a varias personas y organizaciones de la sociedad civil para el seguimiento del actual estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria y la evolución de las estrategias del Estado para superarlo. En desarrollo de este objetivo, la Comisión ha desarrollado múltiples informes de seguimiento e intervenciones ante la Sala Especial de Seguimiento de la Corte Constitucional¹ con el fin de brindar elementos de juicio para valorar el estado actual de la crisis y los avances, retrocesos y estancamientos en la estrategia para su superación.

Dentro de este marco de acción, amparados en el artículo 215 de la Constitución Política, la Comisión presenta ante la Corte la siguiente intervención ciudadana en marco del proceso de control constitucional al Decreto 546 de 2020, mediante el cual se toman las medidas necesarias para combatir el hacinamiento carcelario y prevenir y mitigar el riesgo de propagación del virus SARS-CoV-2 al interior de los centros de reclusión, durante la vigencia del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológico declarado por el Gobierno Nacional.

¹ Puede consultar los informes de seguimiento e intervenciones hechas por la Comisión en el siguiente link: https://www.humanas.org.co/alfa/61_Comision-de-seguimiento-a-la-T-388-13.html.

En concepto de la Comisión, la medida de aplicar los beneficios de prisión y detención domiciliaria con el objetivo de reducir el hacinamiento de los centros penitenciarios del país para evitar la propagación del virus SARS- CoV-2 es urgente, necesaria y constitucional. Sin embargo, la forma en que el Gobierno reglamentó la misma, creando un sistema de exclusión del beneficio excesivamente amplio, deja por fuera a la mayor parte de las personas privadas de la libertad, y no permite que la medida sea suficientemente efectiva para solucionar la crisis humanitaria y de salud pública que se vive en las cárceles debido a la pandemia. Por esto, el Decreto no tiene la idoneidad suficiente para solucionar la problemática a la que está dirigida.

A pesar de lo anterior, la Comisión considera que la falta de idoneidad suficiente del Decreto se debe a que este contiene varias disposiciones que no sólo limitan su efectividad para reducir el hacinamiento y el impacto de la pandemia, sino que también vulneran la Constitución Política. Estas son: i) la violación de la presunción de inocencia, de la libertad personal y del carácter excepcional de la detención preventiva debido a la exclusión automática por tipo de delito; ii) la violación del principio de proporcionalidad penal por la exclusión general de delitos leves para recibir el beneficio (algunas modalidades de hurto, el concierto para delinquir simple y los delitos leves de drogas); iii) la constitucionalidad condicionada de excluir del beneficio transitorio a personas vulnerables al COVID-19 según tipo delictivo teniendo en cuenta las deficiencias del sistema penitenciario y carcelario; iv) la violación a los derechos de petición, al debido proceso y de acceso a la justicia por la falta de mecanismos procesales para que personas condenadas puedan solicitar el beneficio; y vi) la violación de la Constitución por la falta de adecuación del término de vigencia establecido para los beneficios transitorios. Además de esto, la Comisión también presenta algunas consideraciones relevantes para el control constitucional sobre la jurisdicción especial indígena con la implementación del Decreto y el problema del regreso al hacinamiento luego de la superación del estado de emergencia. Para la Comisión, si estos problemas de constitucionalidad son subsanados por la Corte, el Decreto podría cumplir el requisito de proporcionalidad y ser una medida idónea de respuesta a la emergencia del SARS-Cov-2.

Por lo anterior, la intervención se divide en siete partes. En la primera se desarrolla un análisis general del Decreto Legislativo 546 de 2020 a la luz del juicio de proporcionalidad de las medidas de excepción y de las fallas que ha presentado la política criminal colombiana. Enmarcado en este análisis general, las siguientes partes de la intervención abordan los problemas constitucionales específicos. Así, la segunda parte aborda la inconstitucionalidad de varias formas de prohibición automática para acceder al beneficio de excarcelación transitoria para sustituir la detención preventiva intramural. La tercera parte expone la inconstitucionalidad de la exclusión desproporcionada de ciertos tipos delictivos que, aunque considera modalidades graves, también incluyen algunas de baja lesividad. La cuarta parte desarrolla los problemas que

genera una exclusión generalizada de acceso a los beneficios transitorios para personas que cometieron delitos graves, pero son altamente vulnerables al COVID-19. La quinta parte aborda las falencias de los instrumentos procesales para aplicar los beneficios transitorios y que afectan derechos fundamentales como el acceso a la justicia y el debido proceso. La sexta parte desarrolla algunas consideraciones respecto a la jurisdicción especial indígena y cómo la aplicación de los beneficios de excarcelación transitoria debe incluir medidas especiales de protección. Finalmente, la séptima parte desarrolla los problemas constitucionales de la vigencia de las medidas de excarcelación adoptadas, especialmente frente a la reaparición del hacinamiento una vez la pandemia sea superada.

1. EL DECRETO 546 NO CUMPLE CON EL REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD DE LAS MEDIDAS DE EXCEPCIÓN

El Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020 tiene como propósito reducir el hacinamiento carcelario y proteger a la población carcelaria de la pandemia del virus SARS-CoV-2. Para esto, el Decreto crea de manera extraordinaria los beneficios de prisión y detención domiciliaria transitoria, los cuales proceden en circunstancias específicas y permitirían, durante 6 meses, que algunas personas cumplan las medidas privativas de la libertad en su domicilio.

En materia de medidas extraordinarias durante estados de emergencia, la Corte Constitucional ha considerado que estas son compatibles con el ordenamiento jurídico siempre y cuando, en línea con la sentencia C-742 de 2015,² los decretos legislativos que las introducen al sistema jurídico cumplan con varios requisitos: el de conexidad material, el de ausencia de arbitrariedad, el de intangibilidad, el de no contradicción específica, el de finalidad, el de motivación suficiente, el de necesidad, el de incompatibilidad, el de proporcionalidad y el de no discriminación. Así, los decretos legislativos emitidos por el ejecutivo sólo son constitucionales cuando satisfacen todos estos requisitos.

Para la Comisión, las medidas propuestas en el Decreto Legislativo 546 de 2020 son necesarias y tienen relación directa con Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado para enfrentar la pandemia. Sin embargo, la Comisión encuentra que el Decreto no cumple con el requisito de proporcionalidad³, pues debido a la gran cantidad de exclusiones que establece y al diseño de algunos requisitos (por ejemplo, que sea aplicable a delitos con una pena menor a la de

² Corte Constitucional. Sentencia C-742 del 2 de diciembre de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

³ Congreso de la República. Ley 137 del 2 de junio de 1994, Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia. Art. 13.

los subrogados penales ordinarios)⁴, este no es suficiente para eliminar, reducir o mitigar la gravedad de la crisis humanitaria en las cárceles de Colombia por cuenta de la pandemia del SARS-Cov-2.

En este punto, es preciso señalar que el juicio de proporcionalidad consiste en un análisis acerca de la correspondencia entre las medidas adoptadas, su fuerza para conjurar la crisis y sus consecuencias frente a los principios constitucionales. De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 137 de 1994, “[l]as medidas expedidas durante los Estados de Excepción deberán guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar”⁵. La Corte Constitucional ha enfatizado que el principio de proporcionalidad respecto al uso de las facultades legislativas del Presidente durante los estados de excepción contiene dos garantías. Por un lado, “*la medida de la proporcionalidad está dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos tengan sobre otros principios igualmente fundamentales; y [por el otro] la conducencia e idoneidad de los medios para la consecución de los objetivos definidos por el legislador de excepción*”⁶. Al respecto, la jurisprudencia constitucional también ha reconocido en repetidas ocasiones⁷ que “*toda medida de excepción, así como su declaratoria debe ser proporcional a la situación que la justifica en lo que respecta a la gravedad, naturaleza y ámbito de aplicación. Es decir, las disposiciones adoptadas efectivamente deben conjurar la amenaza al Estado. Así, podría presentarse un caso en el que aunque la declaratoria de emergencia está justificada, no lo están las medidas, puesto que no son idóneas para afrontar la crisis*”⁸.

Bajo este entendido, la Comisión considera que el Decreto Legislativo 546 de 2020 cumple con el primer de los sentidos del principio de proporcionalidad, pues reconoce y amplía los derechos de las personas privadas de la libertad en vez de restringirlos. Sin embargo, la misma no es conducente ni suficiente para solucionar la crisis de salud, pues la adopción de estas medidas carece de la idoneidad suficiente para impactar el hacinamiento y reducir de manera efectiva los riesgos de contagio masivo producido por la sobreocupación y otras falencias del sistema (como la falta de acceso a agua potable, la insuficiencia de insumos higiénicos, entre otros) – problemas

⁴ En concreto, la Comisión resalta que, mientras que el subrogado de prisión domiciliaria ordinario sólo es aplicable a delitos con una pena mínima de 8 años (según su última modificación, por la Ley 1709 de 2014), la prisión domiciliaria transitoria del Decreto Legislativo sólo sería aplicable a personas condenadas a una pena privativa de 5 años o menos.

⁵ Congreso de la República. Ley 137 del 2 de junio de 1994, Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia. Art. 13.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-911 del 16 de noviembre de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-219 del 30 de marzo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Sentencia C-226 del 30 de marzo de 2011, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, entre otras.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-911 del 16 de noviembre de 2010, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

que han sido advertidos por la Organización Mundial de la Salud⁹, el Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura¹⁰ y por la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Michelle Bachelet¹¹.

Así, si bien el Decreto no establece objetivos de excarcelación específicos (número de beneficiarios), el Ministerio de Justicia y del Derecho ha manifestado públicamente que permitirá la excarcelación de alrededor de 4.000 personas¹², sin establecer en qué medida esta excarcelación “minimalista” logrará mitigar los riesgos que genera el hacinamiento - el cual era para marzo de 2020 de un 51,2%, consistente en una sobrepoblación carcelaria de 41.316 personas¹³. Con base en estos datos, la Comisión estima que el Decreto sólo tiene el potencial de reducir el hacinamiento a un 46,2%, con lo que la sobrepoblación quedaría en 37.316 personas, lo cual es claramente insuficiente para reducir el grave riesgo de la pandemia.

Para la Comisión, la falta de idoneidad se deriva especialmente del sistema de exclusiones por tipo de delito establecido en el Decreto. Por una parte, este sistema presenta varios problemas de técnica, pues no sólo contempla prohibiciones más amplias que las de la legislación ordinaria, sino que coexiste con ellas de manera simultánea, difuminando su aplicabilidad y haciendo que el régimen vigente sea poco claro¹⁴. Por otra parte, el sistema de exclusiones establece prohibiciones expresas para los delitos que representan el porcentaje más alto de la población carcelaria, como lo son los delitos de hurto (que representaban para marzo de 2020 un 14,9% de la población carcelaria, con un total de 29.322 personas privadas de la libertad), concierto para delinquir (un 13,0% o 25.584 personas) y el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (un 12,9% o 25.364 personas)¹⁵.

Además de esto, la Comisión también destaca que la falta de proporcionalidad del Decreto Legislativo 546 de 2020 se deriva de que este reproduce las fallas estructurales de la política criminal, las cuales fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional en las sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015. En estas, la Corte reconoció que el origen del estado

⁹ Organización Mundial de la Salud. *Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention*. 2020, marzo. Recuperado de: http://www.euro.who.int/data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf?ua=1.

¹⁰ Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25756&LangID=S>.

¹¹ Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25745&LangID=S>.

¹² Quinn, Darcy. Caracol Radio. Sí habrá decreto de excarcelación, pero será minimalista. Disponible en: https://caracol.com.co/programa/2020/04/13/6am_hoy_por_hoy/1586779066_722409.html & Vargas Castillo, Cynthia, Decreto de excarcelación no es perfecto, pero tiene consideraciones humanitarias: Duque. Disponible en: <https://www.rcnradio.com/politica/decreto-de-excarcelacion-no-es-perfecto-pero-tiene-consideraciones-humanitarias-duque>.

¹³ Instituto Penitenciario y Carcelario. *Informe estadístico - marzo de 2020*. pp. 28-29.

¹⁴ A saber, el parágrafo 4 del artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020 establece de manera explícita que no se derogan las exclusiones del art. 38G y 68A del Código Penal, los cuales conviven a su vez con otros regímenes de exclusión como el art. 199 del Código de Infancia y Adolescencia o el art. 26 de la Ley 1121 de 2006.

¹⁵ Instituto Penitenciario y Carcelario. *Informe estadístico - marzo de 2020*. p. 45.

de cosas inconstitucional en materia carcelaria había sido la política criminal colombiana, la cual generó el desborde y colapso del sistema penitenciario y carcelario por su uso reactivo, incoherente, insostenible y excesivo del derecho penal y de la privación de la libertad. De este modo, la formulación de la política criminal, especialmente en el ámbito legislativo, se ha caracterizado por ser reactiva, carecer de fundamentación empírica y de un enfoque de derechos humanos, tendiendo hacia el endurecimiento punitivo y por estar subordinada a la política de seguridad, entre otras¹⁶. Por esto, la Corte estableció los lineamientos constitucionales que debe seguir la política criminal a la luz de la Constitución Política¹⁷, a saber:

- i) Debe ser preventiva y no reactiva.
- ii) Debe respetar el derecho a la libertad personal de forma estricta y reforzada, por lo que debe promover el uso de medidas alternativas al encarcelamiento y utilizar el derecho penal y el encarcelamiento siguiendo el principio de *ultima ratio*.
- iii) Debe buscar como fin primordial la resocialización.
- iv) Debe usar la detención preventiva de manera excepcional.
- v) Debe ser coherente.
- vi) Debe estar fundamentada en evidencia empírica.
- vii) Debe ser sostenible, tanto en los costos económicos, como en los costos de limitación de derechos de la población reclusa.
- viii) Debe proteger los derechos humanos de las personas privadas de la libertad.

A pesar de que reconoce esta jurisprudencia en su motivación, el Decreto reproduce varias de las fallas reseñadas. Por ejemplo, este carece de una fundamentación empírica adecuada y de una perspectiva clara de derechos humanos, pues no estima el impacto de las medidas adoptadas para reducir el hacinamiento ni cómo estas permitirán proteger a la población privada de la libertad frente a la posibilidad de infección del coronavirus¹⁸. Además, el Decreto también presenta una clara subordinación a la política de seguridad, pues con el sistema de exclusión de beneficiarios, supedita la protección de los derechos fundamentales de la población reclusa en la pandemia a la protección de la seguridad ciudadana y a garantizar que personas “peligrosas” no serán liberadas,

¹⁶ Este diagnóstico fue elaborado inicialmente por la Comisión Asesora de Política Criminal en su Informe Final (2012), pero fue reconocido por la Corte Constitucional en las Sentencia T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ En este punto, debe recordarse que el Gobierno Nacional originalmente esperaba excarcelar 10.000 personas, pero luego de la oposición del Fiscal General de la Nación este objetivo fue reducido a 4.000, lo cual evidencia que el Gobierno Nacional conoce la insuficiencia del Decreto para reducir el hacinamiento de manera efectiva y su inocuidad como medida de protección de la población reclusa.

incluso cuando se trata de personas con alta probabilidad de fallecer por COVID-19¹⁹ (las cuales ascienden, según el Ministerio de Justicia y del Derecho, a 16.265 personas)²⁰.

En materia del uso excepcional de la detención preventiva, el Decreto también reproduce fallas de la política criminal, dado que establece la exclusión de manera automática por el tipo de delito de personas sindicadas, desconociendo que la detención preventiva es una medida excepcional, no punitiva y que tiene una incidencia importante en el hacinamiento (para marzo de 2020, el INPEC reportó una población bajo detención preventiva de 37.029 personas, un 30,3% de la población total)²¹. Por su parte, en materia del derecho penal como *ultima ratio*, el Decreto también muestra una clara tendencia a maximizar el encarcelamiento en el contexto de la pandemia, dado que su sistema de exclusiones es tan amplio que sólo el 3,27% de la población carcelaria de marzo de 2020 podría acceder (esto es, 4.000 de las 122.079 personas en reclusión a cargo del INPEC)²².

A pesar de lo anterior, si bien en su formulación actual el Decreto no cumple con el juicio de proporcionalidad por su falta de idoneidad para cumplir los fines que se propone, esta falencia se debe a varias disposiciones específicas del Decreto que son inconstitucionales y que serán abordadas en detalle en los acápite siguientes. Para la Comisión, en concordancia con el principio de conservación del derecho²³, la declaratoria de inexecuibilidad o de exequibilidad condicionada de estas disposiciones específicas puede hacer que el Decreto sea idóneo para mitigar los riesgos de la pandemia y que cumpla así el juicio de proporcionalidad de las medidas de excepción.

¹⁹ En este punto, la Comisión recuerda que este argumento fue utilizado por el Fiscal General de la Nación para oponerse a un borrador inicial del Decreto Legislativo, en el cual afirmó que la excarcelación de personas representa una afectación desproporcionada a la seguridad ciudadana por que esta “puede alentar la criminalidad al propiciar una sensación generalizada de impunidad”. Ver en: Fiscalía General de la Nación. *Observaciones al proyecto de decreto legislativo “(p)or medio del cual se conceden los beneficios de la detención y la prisión domiciliarias 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”*. p. 6.

²⁰ Ministerio de Justicia y del Derecho. *Respuesta al auto de 24 de marzo de 2020 de la Corte Constitucional*. p. 22. En este, el Ministerio de Justicia identifica un total de 5.272 personas mayores de 60 años, 88 mujeres gestantes, 4.468 personas con alguna patología psicológica, 754 con VIH, 22 con cáncer, 1.307 con diabetes mellitus y 4.354 con hipertensión arterial.

²¹ Instituto Penitenciario y Carcelario. *Informe estadístico - marzo de 2020*. pp. 35-36.

²² *Ibid.* p. 29.

²³ Corte Constitucional. Sentencias C-054 del 10 de febrero de 2016, MP. Luis Ernesto Vargas Silva; C-038 del 1 de febrero de 2006, MP. Humberto Sierra Porto.

2. LA VULNERACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y A LA LIBERTAD PERSONAL POR DESCONOCIMIENTO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La primera exclusión inconstitucional está contenida en el artículo 6 del Decreto Legislativo, en el que se establece la exclusión del beneficio de detención domiciliaria transitoria a personas sindicadas por delitos excluidos (art. 6, inciso 1), para personas sindicadas con condenas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores (art. 6, párrafo 2) y para personas condenadas cuando tengan imputaciones o acusaciones adicionales por los delitos excluidos (art. 6, párrafo 3). Para la Comisión, estas exclusiones representan una violación a la presunción de inocencia y la libertad personal, dado que desconocen el carácter excepcional de la detención preventiva y los principios constitucionales que gobiernan las medidas de aseguramiento en Colombia.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la detención preventiva es una medida de aseguramiento excepcional que representa una limitación al derecho a la presunción de inocencia y a la libertad personal²⁴, dado que esta conlleva la privación de la libertad de la persona procesada sin que se haya declarado su responsabilidad penal judicialmente. Para que esta sea una limitación válida de estos derechos, la Corte ha establecido que la medida de aseguramiento debe responder a tres finalidades, a saber: i) asegurar la comparecencia al proceso penal, evitando la fuga; ii) cautelar el proceso penal para evitar que el procesado obstruya la justicia; y iii) proteger a la víctima y a la comunidad de conductas delictivas durante el proceso penal²⁵.

Adicionalmente, la Corte también ha resaltado que la imposición de la medida de aseguramiento debe cumplir con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad para mitigar estos riesgos²⁶, de modo que la limitación a la presunción de inocencia y a la libertad personal no sea excesiva y sea compatible con la Constitución. En este sentido, la imposición de la detención preventiva no puede ser automática, sino que responde, caso a caso, a la configuración de riesgos específicos. Para la Corte, por ejemplo, la gravedad del delito puede ser utilizada como un criterio de procedencia de las medidas de aseguramiento para concentrar los recursos del Estado en casos prioritarios,²⁷ pero la decisión que impone la medida de aseguramiento debe responder a

²⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-327 del 10 de julio de 1997, MP. Fabio Morón Díaz; C-774 del 25 de julio de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil; C-1198 del 4 de diciembre de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla; C-121 del 22 de febrero de 2012, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ Congreso de la República. Ley 906 del 31 de agosto de 2004, por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Arts. 310, 311 y 312.

²⁶ Corte Constitucional. Sentencias C-327 del 10 de julio de 1997, MP. Fabio Morón Díaz; C-774 del 25 de julio de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil; C-1198 del 4 de diciembre de 2008, MP. Nilson Pinilla Pinilla; C-121 del 22 de febrero de 2012, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

los riesgos que se busca prevenir, no como una consecuencia indiscriminada y automática de la tipificación jurídica de la conducta.²⁸

En el caso del Decreto Legislativo 546 de 2020, la exclusión de la sustitución de la detención preventiva resulta contraria a la Constitución, pues prohíbe de manera automática su concesión por el tipo de delito, no de acuerdo con la configuración de los riesgos específicos de cada caso. Por esto, la exclusión genérica para personas sindicadas (art. 6) es impropia y contraría los principios constitucionales y la jurisprudencia en materia de detención preventiva. Para la Comisión, la mera tipificación hecha por el fiscal de cada caso no es suficiente para justificar que la reclusión domiciliaria transitoria es insuficiente para mitigar los riesgos de fuga, obstrucción a la justicia y de peligro para la comunidad o la víctima, más aún en el contexto de la pandemia y de la necesidad de reducir el hacinamiento de manera rápida y urgente.

Por su parte, esta exclusión para personas sindicadas también se ha extendido para otros dos supuestos: cuando una persona bajo detención preventiva actualmente tiene condenas previas por delitos dolosos dentro de los 5 años anteriores (art. 6, parágrafo 2) y también cuando una persona sindicada o condenada tiene otras imputaciones o acusaciones (art. 6, parágrafo 3). En el primer supuesto, el Decreto establece la condena previa como criterio único y suficiente para prohibir la sustitución de la detención preventiva actual. Esta disposición desconoce que una condena previa por cualquier delito doloso, por sí mismo, no es suficiente para justificar la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la detención en otro proceso, más aún en el contexto actual de la pandemia y si se considera que la condena previa puede ser por delitos dolosos leves (por ejemplo, reincidencia en delitos leves de drogas, en hurtos sin violencia). En el segundo supuesto, en cambio, el Decreto considera que la mera existencia de una imputación o acusación adicional justifica por sí misma mantener a la persona bajo detención preventiva, ignorando que la persona en estas fases procesales goza de presunción de inocencia y que, por tanto, este criterio no es suficiente para excluirla del beneficio y mantenerla bajo detención intramural.

Por lo anterior, la Comisión encuentra que la exclusión genérica de la detención domiciliaria transitoria por tipo de delito (art. 6), la exclusión de personas sindicadas por la existencia de condenas previas (art. 6, parágrafo 2) o por imputaciones o acusaciones por delitos excluidos (art. 6, parágrafo 3) contrarían el artículo 29 de la Constitución Política y, por tanto, deben ser declarados inexecutable.

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-774 del 25 de julio de 2001, MP. Rodrigo Escobar Gil.

3. LA VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL POR LA EXCLUSIÓN DE DELITOS LEVES (HURTO, DELITOS DE DROGAS Y CONCIERTO PARA DELINQUIR) DE LAS MEDIDAS DE PRISIÓN Y DETENCIÓN DOMICILIARIA TRANSITORIA

El sistema de exclusiones del artículo 6 del Decreto también presenta problemas de constitucionalidad porque prohíbe aplicar la prisión y la detención domiciliaria transitorias para delitos de una clara gravedad y lesividad, pero también niega el beneficio para delitos que son leves o que cobijan modalidades poco lesivas para el bien jurídico tutelado. Aunque el Decreto establece un régimen diferenciado sobre algunos delitos, la Comisión considera que estas exclusiones violan el principio de proporcionalidad penal porque imponen a conductas poco lesivas un régimen cercano o igual al que reciben las conductas más gravosas. Para la Comisión, estos problemas cobran especial relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19, dado que la necesidad de deshacinar los establecimientos carcelarios impone sobre el Estado la obligación de priorizar el uso del encarcelamiento sobre las conductas más lesivas del ordenamiento jurídico y sea necesario mantener la reclusión intramural.

En Colombia, el legislador tiene una amplia libertad de configuración para determinar las características y procedimientos del régimen penal y penitenciario. Este tiene la posibilidad de establecer qué conductas son delitos, la sanción que se debe aplicar, el procedimiento para juzgar a las personas que las cometen y establecer las condiciones para la ejecución de la pena²⁹. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido límites al poder punitivo del Estado en las normas de rango constitucional, los principios del Estado de Derecho y los derechos fundamentales de las personas. Así, la sentencia C-365 de 2012 declaró los principios de necesidad, lesividad del bien jurídico, legalidad, culpabilidad, racionalidad y proporcionalidad, así como el bloque de constitucionalidad, como límites a la libertad del legislador en materia penal³⁰, los cuales deben regir incluso en situaciones de emergencia y en estados de excepción.

La proporcionalidad penal es denominada por la Corte Constitucional como una “*prohibición de exceso*” deducida de diferentes disposiciones constitucionales³¹, las cuales prescriben al legislador unos imperativos mínimos al momento de fijar la regulación penal. Para esto, el legislador debe atender a “(i) *la importancia del bien jurídico tutelado; (ii) la gravedad de la amenaza o ataque a ese bien jurídico; (iii) el ámbito diferenciado (dolo o culpa) de responsabilidad subjetiva del infractor; (iv) la actitud procesal del imputado*”³², de modo que el

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-742 del 2 de diciembre de 2015, MP. María Victoria Calle Correa.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-365 del 16 mayo de 2012, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³¹ Constitución Política de 1991. Artículos 1, 2, 5, 6, 11, 12, 13 y 214.

³² Corte Constitucional. Sentencia C-108 del 23 de febrero de 2017, MP. Luis Ernesto Vargas Silva

Estado debe seguir estos criterios para ejercer de manera razonable el poder punitivo que ostenta³³ y permitir espacios de ponderación para el operador jurídico.

En materia de subrogados penales, la Corte Constitucional ha admitido en reiteradas ocasiones la posibilidad de excluir de los subrogados penales y beneficios penitenciarios a personas privadas de la libertad debido a la gravedad de la conducta delictiva como, por ejemplo, en los delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo o extorsión³⁴. Sin embargo, la Corte ha sido enfática en declarar la importancia de que la libertad de configuración del legislador esté guiada por un ejercicio de necesidad de la intervención punitiva del Estado y por el respeto a la proporcionalidad penal. En otras palabras, la proporcionalidad penal tiene su fundamento en el principio de legalidad, en la prohibición de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes y en la protección de la dignidad humana, pues “*resulta inhumano imponer a una persona una pena que no guarde una razonable proporción con la gravedad de su conducta*”³⁵. Por lo anterior, la Comisión resalta que el principio de proporcionalidad penal es un principio fundamental para el ejercicio del poder punitivo del Estado, pues este no sólo es un aspecto esencial del Estado de Derecho, sino que es una condición básica para que las sanciones sean legítimas y no ejercicios de punición injustificada.

En el caso concreto, la Comisión encuentra que el Decreto adopta criterios claros de gravedad para excluir tipos delictivos del acceso a los beneficios transitorios. Por ejemplo, en sus consideraciones, el Decreto estableció que las exclusiones se desarrollaron con base en “*el bien jurídico lesionado, la gravedad de la conducta, la duración de la pena privativa de la libertad, el peligro para la seguridad de la sociedad y de la víctima, la magnitud del daño causado a las personas y a la comunidad*”. De este modo, las conductas prohibidas se caracterizan porque: i) implican violencia sobre las personas; ii) son cometidas contra niños, niñas y adolescentes; iii) son crímenes de lesa humanidad, crímenes guerra o delitos conexos al conflicto. Adicionalmente, el Decreto también excluye medidas cuando están asociadas al crimen organizado, por lo que identifica su gravedad debido a que iv) las personas que las cometen hacen parte de un grupo criminal en los términos del artículo segundo de Ley 1908 de 2018. Por lo anterior, dentro de las conductas excluidas se encuentran delitos que conllevan una clara lesividad contra los bienes jurídicos tutelados más importantes del ordenamiento, como lo son el genocidio, la desaparición forzada, el secuestro, el desplazamiento forzado, la trata de personas o la violencia sexual, entre otros.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-070 del 22 febrero de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-073 del 10 de febrero de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁵ Uprimny, R., Guzmán, D., & Parra, J. (2012). *La Adicción punitiva: La desproporción de leyes de drogas en América Latina*. Dejusticia - CEDD. Recuperado de https://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Drug_Policy/la_adiccion_punitiva.pdf, p. 15.

Sin embargo, la Comisión encuentra que algunas de las conductas excluidas no se enmarcan en estos criterios de manera necesaria, pues si bien pueden tener algunas modalidades delictivas de una lesividad grave, también cobijan algunas con una lesividad baja. Entre estas, la Comisión destaca la exclusión y reglas especiales de procedencia del hurto calificado y el agravado; el concierto para delinquir simple, el concierto para delinquir agravado y los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. La Comisión se concentrará en analizar la exclusión de estos delitos debido a su alto impacto en la población carcelaria y, por tanto, su relevancia especial para una política de deshacinamiento, pero esto no implica que existan otros delitos excluidos que presenten los mismos problemas.

Como la Comisión lo señaló anteriormente, el INPEC reportó para marzo de 2020 una población total de 122.079 privadas de la libertad en los establecimientos del orden nacional, mientras que el sistema cuenta con un total de 80.763 cupos y una tasa de hacinamiento del 51,2%³⁶. Dentro de esta población, el INPEC reportó que el 14,9% se encontraba privada de la libertad por el delito de hurto (un total de 29.322 personas), el 13,0% por concierto para delinquir (25.584 personas) y el 12,9% por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (25.364 personas)³⁷. De este modo, aunque los datos del INPEC no cuentan con el detalle necesario para estimar cuántas personas de las mencionadas están excluidas en virtud del Decreto, la magnitud de la población reclusa por estos delitos demuestra su importancia para una política de deshacinamiento y el impacto negativo de su exclusión para responder a la emergencia del SARS-Cov-2.

En el caso de los tipos de hurto, las reglas especiales en el Decreto para estos delitos vulneran el principio de proporcionalidad por varias razones. Primero, porque para las modalidades de hurto no excluidas del todo (los numerales 1 y 4 del hurto calificado, y numerales 1, 2, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 14 del hurto agravado), el Decreto establece requisitos especiales para recibir la reclusión domiciliaria transitoria, pues exige que en estos casos sólo pueda concederse si la persona cumplió el 40% de la pena y no con otros supuestos (por ejemplo, haber recibido penas inferiores a 5 años de prisión). Por esto, en la formulación actual del Decreto, el beneficio no procedería para personas condenadas por estas modalidades de hurto y que recibieron 5 años de pena de prisión o menos, bien sea porque su conducta fue atenuada porque la cosa hurtada era de poca cuantía, porque se reparó a la víctima antes de la sentencia³⁸, por haber recibido otros atenuantes³⁹ o por recibir reducciones de pena por colaboración o por la aceptación de cargos.

³⁶ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. *Informe estadístico - marzo de 2020*. p. 28.

³⁷ Ibid. p. 45. Se destaca que, en estos datos, el INPEC calcula con base en las conductas castigadas, algunas de estas personas pueden estar condenadas por varias conductas delictivas simultáneamente y aparecer dos veces en los datos (por ejemplo, si fueron condenados por hurto y concierto para delinquir).

³⁸ Congreso de la República. Ley 599 del 24 de julio de 2000, por la cual se expide el Código Penal. Arts. 268 y 269.

³⁹ Ibid. Art. 242.

Para la Comisión, lo anterior implica que el Decreto Legislativo impone para las modalidades de hurto calificado y agravado una carga especial, pues establece la obligación de mantener el encarcelamiento para personas condenadas por hurto a penas inferiores a 5 años. Además, al analizar los supuestos que abarcan, se destaca que las modalidades no excluidas de hurto no conllevan una lesividad clara que justifique que, en casos de pena baja, las personas condenadas no puedan recibir el beneficio sin cumplir el 40% de la pena. Por ejemplo, en el caso del hurto calificado, las dos conductas que tienen este estándar especial son si el delito se comete con violencia sobre las cosas, si se superan medidas de seguridad⁴⁰ o si se perpetró sobre un medio motorizado, sobre sus partes esenciales o sus mercancías. En el caso del hurto agravado, estos supuestos incluyen si el hurto se perpetró aprovechando una calamidad, si se aprovechó de la confianza del dueño o poseedor de la cosa, si se hurtó equipaje de viajeros, si el objeto hurtado estaba expuesto a la confianza pública, si fue sobre cerca de predio rural, si fue en un lugar despoblado o solitario, si se hizo con destreza, si se hizo en un establecimiento público, abierto al público o en el transporte público o si fue sobre el petróleo o sus derivados.

Como se evidencia en los casos anteriores, la restricción resulta desproporcionada debido a que estas modalidades delictivas no sólo pueden afectar el bien jurídico de manera leve (por ejemplo, un hurto atenuado por la cuantía), sino que no conllevan violencia contra las personas y no revisten una peligrosidad especial. Más aún, la exclusión se mantendría incluso en casos en los que el daño fue reparado o si la persona aceptó cargos, en cuyo caso podría haber recibido penas inferiores a los 5 años.

Lo anterior también se replica en algunas de las modalidades excluidas del hurto, como lo son los hurtos que fueron cometidos con penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en un lugar habitado (hurto calificado, numeral 3), si se utilizó disfraz o engaños (hurto agravado, numeral 4) y si los bienes hurtados son del patrimonio cultural de la Nación (hurto agravado, numeral 13). En estos supuestos, la exclusión total para recibir los beneficios transitorios también resulta injustificada, pues no necesariamente son conductas que afecten el bien jurídico tutelado de manera grave, no conllevan violencia contra las personas y tampoco conllevan comportamientos graves equiparables a las demás conductas excluidas, como lo son los delitos internacionales de genocidio, el homicidio o la violencia sexual, entre otros. De este modo, la forma de exclusión del hurto en el Decreto no sólo banaliza la gravedad de las conductas más agresivas contra los derechos humanos y los bienes jurídicos de la vida, la libertad, o la protección de los niños, niñas y adolescentes, sino que, además, vacía de sentido los valores sociales y democráticos que el mismo legislador ha otorgado a cada bien jurídico en

⁴⁰ A saber, si en la comisión del delito hubo escalamiento, se utilizó una llave sustraída o falsa, si se usó una ganzúa o se violaron sistemas de seguridad electrónica.

razón de su importancia constitucional. Para la Comisión, equiparar la gravedad de un hurto cometido por medio de disfraz con delitos de una gravedad clara y que atacan bienes jurídicos importantes como la vida o la integridad de las personas (por ejemplo, un crimen de lesa humanidad o la violencia sexual) resulta claramente contrario a la proporcionalidad penal – un problema que se agrava al considerar que esta exclusión excesiva imposibilita que el Decreto reduzca de manera suficiente el hacinamiento y mitigue los riesgos del SARS-Cov-2 en el sistema penitenciario y carcelario.

Como se evidencia de lo anterior, el gran número de supuestos manejados por el Decreto Legislativo para excluir las conductas de hurto o para exigir un estándar más alto para conceder la prisión o la detención domiciliaria transitoria no responde a la lesividad o gravedad de las conductas. Así, aunque la Comisión reconoce que la conducta de hurto es una de las modalidades delictivas más comunes en Colombia y que impacta en la seguridad ciudadana, esto no quiere decir que las modalidades leves de las conductas, por tanto, estén revestidas de una gravedad adicional independiente del daño al bien jurídico tutelado que generan. En Colombia, la responsabilidad penal por la comisión de un delito se deriva, en concordancia con el derecho fundamental al debido proceso⁴¹, de la prueba de culpabilidad individual, por lo que un individuo que comete un delito leve no puede ser castigado de manera más gravosa porque ese delito es cometido por otras personas de manera generalizada. Para la Comisión, hacerlo implicaría extender la pena más allá del daño causado por las acciones individuales al bien jurídico tutelado. Adicionalmente, la Comisión recuerda que, si bien los beneficios de prisión y detención domiciliaria transitoria implican el levantamiento de la reclusión intramural, el Estado debe adoptar medidas para verificar y vigilar el cumplimiento de las condiciones impuestas, de modo que se mitigue la afectación a la seguridad y se reduzca la posibilidad de reincidencia.

En el caso de la exclusión del concierto para delinquir, esta presenta problemas similares. Esto se debe a que, desde una óptica penal, este delito sólo implica un acuerdo para “cometer delitos”, sin especificar si el delito pactado tiene o no una lesividad alta o si este afecta un bien jurídico tutelado de manera grave. Por supuesto, la Comisión reconoce que el concierto para delinquir está criminalizado porque se considera que es en sí mismo una amenaza a la seguridad pública, pero se puede configurar por conductas leves. De este modo, por ejemplo, el concierto para delinquir simple puede configurarse cuando personas acuerdan la comisión de delitos de una lesividad muy baja, tales como la perturbación de una ceremonia religiosa, la emisión de un cheque sin provisión de fondos y otro gran espectro de conductas leves. Bajo este entendido, imponer una restricción automática y general al concierto para delinquir simple puede recaer sobre personas que cometieron delitos de una gravedad casi inocua: por ejemplo, la comisión

⁴¹ Constitución Política de 1991. Art. 29

concertada de varias personas de un hurto de un bien con valor mínimo o el tráfico de estupefacientes en una cantidad ínfima.

Por lo anterior, la Comisión destaca que excluir el concierto para delinquir es válido, siempre y cuando la conducta concertada revista también de una gravedad suficiente para justificar constitucionalmente su exclusión. En este sentido, resulta más apropiado restringir el acceso a beneficios en virtud del concierto para delinquir agravado (incisos 2, 3 y 4 del artículo 340 del Código Penal), pues estas conductas conllevan una gravedad clara, como los delitos de genocidio, desaparición forzada o tortura, entre otras. Como se mostrará a continuación, la Comisión encuentra que esta prohibición resulta más adecuada, salvo porque en su formulación actual, el concierto para delinquir agravado también incluye de manera genérica los delitos de narcotráfico, los cuales agrupan conductas de una clara gravedad y lesividad con otras de lesividad muy baja.

En el caso de los delitos asociados al narcotráfico, el Decreto Legislativo establece una prohibición general y automática para “*todos los delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes*” (artículos 375 a 385 del Código Penal). Estos son en total 11 tipos penales con cerca de 50 verbos rectores que criminalizan conductas muy diversas: desde el porte de escopolamina, el cultivo de plantas prohibidas y el suministro de medicamentos a deportistas de manera ilícita, hasta la existencia o construcción de pistas de aterrizaje ilegales y el uso de sumergibles o semisumergibles. Esto implica que la exclusión generalizada de estas conductas conlleva a que conductas menores y no violentas relacionadas con el tráfico de drogas sean equiparadas a conductas que revisten mayor gravedad, como la pertenencia a grupos criminales violentos asociados al narcotráfico. Adicionalmente, la exclusión general tampoco diferencia entre los rangos que ocupan las personas condenadas por delitos asociados al narcotráfico dentro de estructuras criminales (por ejemplo, entre los rangos bajos y altos), ni tampoco si la comisión de la conducta estuvo asociada a condiciones de vulnerabilidad social o económica.

Contrario a lo que sucede en los delitos de hurto y concierto para delinquir, es posible identificar cuántas personas están reclusas por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes. El Observatorio de Drogas de Colombia⁴² informa que a la fecha hay 25.306 personas privadas de la libertad por este delito, de las cuales 8.109 están sindicadas y el resto están condenadas. El 52,4% de las personas que están privadas de la libertad por tráfico de estupefacientes no tienen concurso con ninguna otra conducta, lo que indica que la conducta no estuvo asociada a estructuras criminales o fue cometida en rangos bajos o descentralizados de estas organizaciones. De hecho, en los delitos de drogas existe una alta tasa de encarcelamiento para las personas que

⁴² Observatorio de Drogas de Colombia. Sistema de Información de Drogas de Colombia. Disponible en: <http://www.odc.gov.co/sidco>

realizan labores operativas en la cadena del tráfico, que se llevan la menor retribución económica y que cuentan con el mayor riesgo de ser capturadas. Una investigación del Colectivo de Estudios sobre Drogas y Derecho (CEDD) mostró que este sesgo ha llevado al hecho de que, en Colombia, la población encarcelada por delitos de drogas se incrementó el doble de lo que se incrementó la población penitenciaria general, contribuyendo así al incremento del problema del hacinamiento⁴³. A la fecha, sólo 3.869 personas privadas de la libertad han sido condenadas por tráfico de estupefacientes en concurso con concierto para delinquir⁴⁴.

Uno de los factores relevantes de la criminalización de los delitos de drogas es que, por regla general, la privación de la libertad recae sobre personas que cumplen roles bajos en las organizaciones y que están en condiciones de vulnerabilidad. El CEDD caracterizó a esta población e ilustró que, en la mayoría de los casos, estas son personas que desempeñan roles fungibles, tangenciales, peligrosos (en términos de posibilidad de ser capturado) y peor remunerados en toda la cadena del narcotráfico, desde el cultivo, pasando por la transformación y finalmente en el tráfico tanto al exterior como al interior del país⁴⁵. Adicionalmente, la mayoría de las personas privadas de la libertad por estos delitos cuentan con condiciones precarias de vida, pues tenían trabajos informales o estaban desempleadas, contaban con ingresos menores al salario mínimo y eran jefes o jefas únicas de la familia. Sobre este punto, Dejusticia analizó la situación de las mujeres encarceladas por delitos de drogas, las cuales se caracterizan por desempeñar roles riesgosos en la organización, tales como ser correos humanos (mal llamadas “mulas”) dentro y fuera del país; expendedoras en pequeña escala; correos humanos que ingresan drogas a centros de reclusión; como cultivadoras de plantas de donde se extraen los elementos activos de las drogas ilícitas o en labores de procesamiento, empaque, transporte o tráfico a pequeña escala; como operarias de otras tareas de bajo nivel y de alto riesgo, tales como recibir la mercancía, almacenarla, servir de intermediarias de varias actividades o transmisoras de mensajes e información dentro de los mercados de drogas ilícitas⁴⁶.

En concordancia con lo anterior, la Comisión encuentra que la exclusión general de los delitos de drogas no sólo recae sobre personas que cometieron conductas lesivas y que atentan contra la seguridad pública (por ejemplo, sobre los jefes o rangos medios de las organizaciones

⁴³ Uprimny, R., Chaparro, S., y Cruz, L. (2017). Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia. Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/Delitos-de-drogas-y-sobredosis-carcelaria-en-Colombia-Version-final-PDF-para-WEB.pdf>, p. 48.

⁴⁴ Datos del <http://www.odc.gov.co/sidco>.

⁴⁵ Uprimny, R., Chaparro, S., y Cruz, L. (2017). Delitos de drogas y sobredosis carcelaria en Colombia. Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/Delitos-de-drogas-y-sobredosis-carcelaria-en-Colombia-Version-final-PDF-para-WEB.pdf>, p. 50.

⁴⁶ Uprimny, R., Martínez, M., Cruz, L., Chaparro, N., & Chaparro, S. (2016). Mujeres, políticas de drogas y encarcelamiento. Una guía para la reforma de políticas en Colombia. Dejusticia - WOLA. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_834.pdf, p. 24.

criminales), sino que mayoritariamente excluirá de acceder a los beneficios de reclusión transitoria a personas vulnerables que cometieron delitos de poca lesividad. En este entendido, la gravedad de las conductas cometidas por estas personas no es equiparable a las demás prohibiciones del Decreto Legislativo, como la del genocidio o la violencia sexual.

Por todo lo anterior, la Comisión considera que el sistema de exclusiones del Decreto Legislativo 546 de 2020 establece prohibiciones y reglas especiales a ciertas conductas delictivas leves (hurto calificado, hurto agravado, concierto para delinquir y delitos de drogas) en contravía del principio de proporcionalidad penal y que, como resultado, reduce de manera considerable el impacto del Decreto para reducir el hacinamiento y enfrentar la pandemia del SARS-Cov-2.

4. VIOLACIÓN AL DERECHO A LA VIDA, A LA SALUD Y A LA INTEGRIDAD PERSONAL POR EXCLUSIÓN DE PERSONAS CON VULNERABILIDAD AL COVID-19 POR TIPO DE DELITO

El tercero de los puntos problemáticos del sistema de exclusiones del Decreto Legislativo corresponde a la exclusión de acceso a los beneficios de excarcelación transitoria para personas que, aunque cometieron conductas graves, cuentan con condiciones de especial vulnerabilidad frente al COVID-19 y tienen una probabilidad mucho mayor de fallecer en caso de un eventual contagio. Entre estos se encuentra la población con ciertas características, como ser mayor de 60 años, tener condiciones de salud como la hipertensión, la diabetes, las enfermedades cardiovasculares y las enfermedades respiratorias, madres gestantes o con hijos menores en reclusión, entre otras.⁴⁷ Por esto, aunque la pandemia del SARS-CoV-2 representa un grave riesgo para toda la población privada de la libertad, para estas personas representa una amenaza grave e inminente para su vida, salud e integridad personal.

Para la Comisión, es necesario aclarar que, en principio, la exclusión de beneficios que modifican la ejecución de la pena para delitos graves no es inconstitucional en sí misma. Esta está basada (salvo los problemas reseñados anteriormente) en la libertad del legislador para definir, según criterios constitucionales válidos, las condiciones de ejecución de la pena para las conductas más gravosas del ordenamiento, con lo cual se busca salvaguardar principios y valores

⁴⁷ Según el Centro de Control de Enfermedades de Estados Unidos (el CDC, por sus siglas en inglés), los grupos poblacionales vulnerables al COVID-19 son personas mayores de 65 años, que viven en centros de cuidado por tiempos prolongados, personas con enfermedades pulmonares crónicas o asma moderado o severo, con condiciones cardiacas, personas que tienen comprometidos su sistema inmune (como personas con VIH), personas con obesidad severa, con diabetes, enfermedades renales crónicas o con enfermedades del hígado, entre otras. Recuperado de: <https://www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/need-extra-precautions/people-at-higher-risk.html>. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud recomendó priorizar la libertad también de mujeres gestantes o madres reclusas que tienen a sus hijos menores en los establecimientos. Recuperado de: http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0019/434026/Preparedness-prevention-and-control-of-COVID-19-in-prisons.pdf?ua=1.

constitucionales legítimos como la seguridad pública, la justicia y los derechos de las víctimas⁴⁸. Sin embargo, la Comisión resalta que las exclusiones del Decreto presentan un problema constitucional complejo debido a las graves deficiencias del sistema penitenciario y carcelario para garantizar no sólo condiciones dignas de reclusión, sino para proteger de manera adecuada la vida, salud e integridad personal de las personas vulnerables al COVID-19. En este sentido, aunque la exclusión de delitos de una clara lesividad en sí misma no es inconstitucional, su aplicación en el contexto de la crisis carcelaria puede generar efectos contrarios a la Constitución y violatorios de derechos fundamentales, en concreto, las muertes evitables de personas por la falta de una protección adecuada a su salud e integridad.

Para la Comisión, lo anterior se deriva especialmente de la precariedad del sistema penitenciario y carcelario de cara a la pandemia (la cual ha sido reconocida públicamente por el INPEC),⁴⁹ pues varios de los aspectos estructurales del estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria tienen implicaciones directas sobre la protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable al COVID-19. En suma, como la Comisión lo ha señalado en comunicados anteriores⁵⁰, la crisis que afecta al sistema penitenciario y carcelario representa obstáculos importantes para que el Estado pueda implementar políticas de prevención del contagio: el hacinamiento imposibilita implementar medidas de distanciamiento social adecuado, la falta de acceso a agua potable y la insuficiencia de insumos médicos dificulta cumplir con protocolos sanitarios adecuados (por ejemplo, el lavado constante de manos) y la falta de insumos médicos y de infraestructura suficiente impide que se adopten medidas de aislamiento y distanciamiento social al interior de los establecimientos. Además de esto, las graves deficiencias de la atención en salud de la población privada de la libertad, la cual es uno de los factores estructurales de violación de derechos en el sistema⁵¹, ponen en serias dudas la capacidad del Estado para brindar la atención y tratamiento médico requerido a las personas privadas de la libertad que presenten cuadros complejos de COVID-19.

Las personas privadas de la libertad tienen el derecho a que se respete y garantice su vida⁵², su salud⁵³ y su integridad física⁵⁴ dentro de los centros de reclusión, puesto que aquellos son

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-073 del 10 de febrero de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁴⁹ Morales Sierra, Felipe. *Radiografía del acceso a salud en las cárceles durante la pandemia*. Recuperado de: https://www.elespectador.com/coronavirus/radiografia-del-acceso-salud-en-las-carceles-durante-la-pandemia-articulo-918081?fbclid=IwAR0bi70kG-cGh4HO9yOTCkqDT5RRsPX9QqZ5S3zYzRHGafpotmYyw2pA_qU

⁵⁰ Estas comunicaciones corresponden a las solicitudes hechas por la Comisión de Seguimiento a diferentes instituciones. Estas pueden ser consultadas en el siguiente link: <https://www.dejusticia.org/solicitamos-medidas-inmediatas-para-evitar-un-contagio-masivo-en-las-carceles/>

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencias T-388 del 28 de junio de 2013, MP. María Victoria Correa; T-762 del 16 de diciembre de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado; Auto 121 del 22 de febrero de 2018, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵² Constitución Política de 1991. Artículo 11. Este estipula que el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

derechos fundamentales que no admiten ninguna clase de restricción o limitación. Una vez entran al sistema penitenciario y carcelario, el Estado se constituye en el garante de los derechos de las personas privadas de la libertad y asume el compromiso de cumplir con una serie de deberes para velar por su bienestar. Esto se justifica debido a la relación de especial sujeción de las personas privadas de la libertad con el Estado, concepto que ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia constitucional desde 1992⁵⁵. Con base en lo anterior,

“nace para el Estado la obligación de garantizar que los internos puedan ejercer plenamente los derechos fundamentales que no les han sido suspendidos, y parcialmente aquellos que les han sido limitados. Ello implica, no solamente que el Estado no deba interferir en la esfera de desarrollo de estos derechos, sino también que debe ponerse en acción para asegurarle a los internos el pleno goce de los mismos. Lo anterior obedece a que las personas que están detenidas intramuros se encuentran en una condición de indefensión y vulnerabilidad en relación con la dificultad que tienen para satisfacer por sí solas sus necesidades”⁵⁶.

En este punto, la Comisión reconoce que el parágrafo 5 del artículo 6 del Decreto Legislativo establece que el INPEC deberá adoptar medidas de protección especiales para las personas que no pueden acceder a los beneficios transitorios por haber cometido un delito excluido, y establece, en esa medida, una obligación especial respecto de las personas con alta vulnerabilidad al COVID-19. Sin embargo, la Comisión considera probable que, incluso con estas disposiciones especiales, el Estado sea incapaz de implementar medidas adecuadas para proteger a esta población, tanto por las cargas excesivas que el hacinamiento impone sobre el INPEC, como por las deficiencias estructurales que han afectado al sistema durante años y que, hasta la fecha, no han logrado ser superadas.

Teniendo en cuenta esto, la Comisión considera que la exclusión de personas vulnerables al COVID-19 basada en la gravedad de la conducta que cometieron puede implicar en las circunstancias actuales la vulneración de *facto* de los derechos fundamentales de estas personas y causar muertes evitables. En este sentido, aunque la seguridad pública, la justicia y otros valores

⁵⁴ Constitución Política. Artículo 12. Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Al respecto, la Corte Constitucional ha declarado que “En cuanto a la integridad personal, valor cuya jerarquía es cercana al de la vida y cuyas violaciones casi siempre la ponen en peligro, se relaciona con la preservación del sujeto en sus componentes físicos, psicológicos y espirituales, los cuales se hallan integrados en un conjunto armónico que justamente constituye la esencia del ser humano. Tales elementos y el todo resultante de su articulación deben permanecer inalterados por agresiones, torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques y lesiones, por acción u omisión de autoridades o particulares.” Corte Constitucional, Sentencias SU-200 de 1997, MPs. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencias T-596 del 10 de diciembre de 1992, MP. Ciro Angarita Barón; T-793 del 19 de agosto de 2008, MP. Humberto Antonio Sierra Porto; T-023 del 26 de enero de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto; T-175 del 8 de marzo de 2012, MP. María Victoria Calle Correa; T-077 del 14 de febrero de 2013, MP. Alexei Julio Estrada; T-276 del 28 de abril de 2017, MP. Aquiles Arrieta Gómez, entre otras.

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-588A del 15 de agosto de 2014, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

constitucionales son legítimos, estos no pueden implicar que el Estado, ante la incapacidad de proteger los derechos de las personas en condiciones de reclusión, pueda legítimamente mantener medidas privativas de la libertad en condiciones que conlleven al contagio, enfermedad y fallecimiento – situación que perpetúa la subordinación de los derechos humanos a la política de seguridad y otras fallas de la política criminal –. Obligar a esta población a permanecer en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, incluso si se corrobora la incapacidad del Estado de garantizar su protección, generaría la violación del derecho a la salud, a la integridad personal y a la vida, convirtiendo a la pena de prisión en una pena de muerte de *facto*.

Para la Comisión, el Estado no sólo está en la obligación de adoptar medidas de protección de estas personas, sino que, de ser imposible, no puede mantenerlas en condiciones en las que no se les garantice una adecuada protección o un tratamiento adecuado en caso de contraer un cuadro sintomático complejo de COVID-19 o que agrave sus condiciones preexistentes de salud. Como lo declaró la Corte Constitucional al inaplicar la prohibición para sustituir la detención preventiva por medidas de reclusión domiciliaria según el tipo de delito en casos de personas vulnerables (adultos mayores, madres gestantes, personas con enfermedad grave y personas cabeza de hogar con menores de edad o personas con discapacidad a su cargo),

“una exclusión generalizada y absoluta de la posibilidad de sustitución de la medida de detención en establecimiento carcelario por la domiciliaria, para un amplio catálogo de delitos, y en relación con estos sujetos merecedores de especial protección, bajo el único criterio de la gravedad abstracta del delito y de su potencialidad de afectación de la seguridad ciudadana, conlleva a situaciones de inequidad injustificables”⁵⁷.

Por lo anterior, la Comisión considera que la exclusión por tipo de delitos para personas vulnerables al COVID-19 es constitucional de manera condicionada, bajo el entendido de que el Estado garantizará las medidas de prevención de contagio tales como el aislamiento y el distanciamiento social, las condiciones de salubridad necesarias y de tratamiento médico suficiente en caso de desarrollar complicaciones por ser contagiados. Para el cumplimiento de esta orden, la Comisión considera necesario que se caracterice y cuantifique a la población privada de la libertad con alta vulnerabilidad al COVID-19 y que está excluida de estos beneficios, que se evalúe el nivel de protección que se puede ofrecer en las condiciones actuales y que se valore si, en caso de ser insuficientes, el INPEC puede adoptar medidas de protección específicas y concretas para evitar que el riesgo de contagio y fallecimiento se materialice. Para la Comisión, esta verificación puede hacerse por la Corte Constitucional en el presente proceso, o bien puede ser llevada a cabo por los jueces caso a caso para corroborar si la protección de la vida de estas personas existe o si es viable adoptar medidas urgentes, rápidas y suficientes para

⁵⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-318 del 9 de abril de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

garantizar sus derechos. Por su parte, si las condiciones de reclusión actuales no garantizan estos mínimos y el INPEC no puede adoptar medidas urgentes, rápidas e idóneas de protección de la vida digna y la salud, la exclusión de estas personas de acceder a los beneficios transitorios sería contraria a la Constitución.

5. LOS PROBLEMAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS DE EXCARCELACIÓN

Además de los problemas precedentes, el Decreto Legislativo 546 de 2020 también presenta algunas fallas en la formulación de las vías procesales para la concesión del beneficio de prisión y detención domiciliaria transitoria. A juicio de la Comisión, estas fallas presentan una vulneración a los derechos a la defensa y al acceso a la justicia de personas condenadas y, por tanto, deben ser subsanadas en el control de la Corte Constitucional. Adicionalmente, debido a varias omisiones en la definición de los procedimientos para conceder estos beneficios, la Comisión también encuentra que el procedimiento carece de términos claros para que estos sean aplicados de manera rápida.

5.1. La vulneración a los derechos de petición, a la defensa y al acceso a la justicia por falta de mecanismos procesales

En concreto, la vulneración a estos derechos fundamentales se debe a que el Decreto Legislativo establece un trato diferenciado e injustificado en materia procesal, en el cual las personas condenadas y las personas sindicadas cuentan con vías diferentes para recibir el beneficio de reclusión domiciliaria transitoria. Este trato diferenciado consiste en que, mientras el Decreto habilita que las personas sindicadas puedan solicitar al juez competente la aplicación del beneficio de excarcelación por medio de su abogado o defensor público, esta posibilidad no existe para personas que ya tienen condenas en firme. Para los últimos, el Decreto establece un procedimiento diferenciado en el cual la solicitud del beneficio está en cabeza del INPEC, dejando a la persona condenada sin vías procesales directas para solicitarlo.

El artículo 7 del Decreto (que regula el procedimiento para quienes se encuentran en detención preventiva) y el artículo 8 (que establece la vía procesal de personas condenadas) señalan que corresponde a los funcionarios directivos del INPEC verificar preliminarmente si pueden acceder al beneficio con base en los contenidos de la cartilla biográfica, los antecedentes judiciales y la historia clínica de cada persona. Una vez el INPEC construye las listas preliminares, estas deben ser remitidas al juez coordinador del Centro de Servicios Judiciales, quien realizará el reparto entre los jueces competentes para que decidan de fondo la concesión del beneficio. En esta medida, el INPEC es la autoridad inicial que tiene la facultad de iniciar la vía procesal para la concesión del beneficio.

Aunque esto representa un interrogante constitucional en sí mismo, el tratamiento diferenciado se materializa en que, mientras el artículo 7 del Decreto faculta a las personas que están siendo juzgadas para solicitar la concesión del beneficio de manera directa ante el juez de control de garantías o juez de conocimiento, el artículo 8 no establece la posibilidad para que las personas condenadas también lo hagan. Para estas últimas, la única forma establecida por el Decreto para acceder al beneficio es si el INPEC incluye su caso dentro de la verificación inicial de beneficios, decisión que carece de un control judicial claro y, aunque la decisión judicial que decide de fondo la concesión del beneficio es susceptible de ser controvertida por recurso de reposición, la inclusión en la lista no cuenta con recursos explícitos.

Para la Comisión, la ausencia de mecanismos legales para que las personas condenadas a penas privativas de la libertad soliciten a un juez que se les aplique el beneficio de prisión domiciliaria constituye una vulneración a los derechos de petición, a la defensa y acceso a la justicia, pues supedita la concesión de un derecho a la preselección de una instancia administrativa. Adicionalmente, si se tiene en cuenta que la falta de esta vía procesal afecta a la población condenada, pero que personas sindicadas sí tienen la posibilidad, esto también representa un trato discriminatorio, dado que la situación jurídica de una persona (según esté sindicada o condenada) no justifica que unas personas sí tengan una vía procesal directa para solicitar la aplicación del beneficio y otras no. Según la Corte Constitucional, el derecho a la defensa es la *“oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la ley otorga”*⁵⁸.

La Corte también ha señalado que, conforme con el artículo 29 de la Constitución y el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el derecho a la defensa hace parte del debido proceso, derecho que se descompone en varias garantías para los sujetos procesales y que permiten la pronta ejecución de la justicia⁵⁹. En concreto, la garantía del derecho a la defensa consiste en la posibilidad de toda persona de concurrir al proceso, hacerse parte del mismo, defenderse y presentar argumentos y pruebas⁶⁰. Es decir, *“la garantía que se otorga de acudir al proceso y poder defender sus intereses”*⁶¹.

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-025 del 27 de enero de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil; T-018 del 20 de enero de 2017, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁵⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-371 del 11 de mayo de 2011, MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶⁰ Bernal Pulido, Carlos. EL DERECHO DE LOS DERECHOS. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Universidad Externado de Colombia, primera edición 2005. (págs. 333-377).

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-838 del 20 de noviembre de 2013, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

En el mismo sentido, la Corte ha explicado que el derecho a la defensa está directamente relacionado con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, establecido en artículo 229 de la Constitución, el cual se ha entendido por la jurisprudencia como “*la posibilidad reconocida a todas las personas de poder acudir, en condiciones de igualdad, ante las instancias que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional que tengan la potestad de incidir de una y otra manera, en la determinación de los derechos que el ordenamiento jurídico les reconoce*”⁶². Así, el derecho de acceso a la justicia es uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado social y democrático de derecho, toda vez que este constituye un presupuesto para la materialización de los demás derechos fundamentales, abriendo las puertas a todos los individuos para que “*ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos*”⁶³. Además, el acceso a la justicia permite a las personas controvertir a los poderes públicos y evitar decisiones arbitrarias o que desconozcan el núcleo esencial de los derechos fundamentales⁶⁴.

En concordancia con lo anterior, la Comisión considera que la falta de mecanismos legales que permitan a las personas condenadas a penas privativas de la libertad solicitar judicialmente su acceso a los beneficios o controvertir la decisión del INPEC viola su derecho a presentar peticiones a las autoridades judiciales, a la defensa y al acceso a la justicia. La omisión del Gobierno en ejercicio de sus facultades legislativas en esta disposición impide que las personas condenadas puedan acudir directamente al juez de ejecución de penas para ser oídas, defender sus intereses y presentar pruebas para controvertir la versión del INPEC. Por su parte, esto también impide que la persona, al solicitar la aplicación del beneficio, pueda materializar sus derechos a la vida, a la salud y la integridad personal, los cuales están gravemente amenazados por la pandemia del virus SARS-Cov-2.

Por esto, la Comisión resalta que si bien la regulación del Gobierno parte de la buena fe del INPEC, en un Estado social de derecho no puede dejarse al total arbitrio de una autoridad administrativa la concesión de un derecho, más sin que la persona que considera tener o no derecho tenga la posibilidad de controvertir estas decisiones administrativas para salvaguardar sus derechos fundamentales. Por todo lo señalado, la Comisión considera que subsanar esta omisión es indispensable para garantizar los derechos de petición, a la defensa y al acceso a la justicia de la población condenada, así como para subsanar el trato discriminatorio injustificado de las personas condenadas.

⁶² Corte constitucional. Sentencia T-788 del 20 de octubre de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-025 de 2009, MP. Rodrigo Escobar Gil; y T-544 de 2015, MP. Mauricio González Cuervo.

5.2 La falta de términos perentorios para la concesión del beneficio como un problema de garantía de los derechos de la población reclusa en la pandemia

Además de la falta de mecanismos para solicitar el beneficio, otra de las fallas del diseño procesal en el Decreto Legislativo es la ausencia de términos temporales claros para que estas medidas transitorias sean concedidas, ante lo cual su implementación puede ser demorada y magnificar el impacto de la pandemia en los derechos fundamentales de la población carcelaria. En esta medida, el procedimiento establecido da pie a múltiples dilaciones injustificadas y restan seguridad jurídica al proceso, además de minar la viabilidad del Decreto para responder de manera rápida y efectiva a los efectos de la pandemia.

Para marzo de 2020, el INPEC reportó que a nivel global el sistema penitenciario y carcelario tenía un hacinamiento del 51,2%⁶⁵ y para el 12 de mayo, ya se han registrado más de 984 contagios al interior de algunos establecimientos del país⁶⁶. Lo anterior implica que, del total de casos confirmados de contagio en Colombia (11.613 para el 11 de mayo de 2020)⁶⁷, el 8,5% de los casos son personas privadas de la libertad. Por esto, y teniendo en cuenta la facilidad de contagio del virus, la Comisión considera necesario que el deshacinamiento se aplique lo más pronto posible con el fin de evitar nuevos contagios y poder implementar medidas de prevención adecuadas. La existencia de brotes de coronavirus en los establecimientos carcelarios afecta a las personas privadas de la libertad, al personal del INPEC y sus familias, y a todos los habitantes de las áreas circundantes.

Por lo anterior, la Comisión encuentra preocupante que el esquema procesal del Decreto Legislativo no establezca normas claras en términos de la duración de su implementación de cara a la urgencia con la cual se requiere reducir el hacinamiento. La primera es la ausencia de términos específicos para que el INPEC elabore las listas de preseleccionados que entregará a la Rama Judicial (artículo 7 y 8), pues en el Decreto sólo se señala que los listados serán remitidos a los jueces de forma “*gradual y paulatina*” (artículo 14). La segunda omisión se da respecto al término en el cual el INPEC debe entregar a los abogados de las personas sindicadas la cartilla biográfica digitalizada y el certificado médico que se debe adjuntar junto con la solicitud al juez, los cuales son instrumentos fundamentales para asegurar que estas personas puedan solicitar y recibir el beneficio de reclusión domiciliaria transitoria (artículo 7). Finalmente, tampoco se establece un término para que la Fiscalía entregue a los jueces “la información y documentación que resulte necesaria para emitir la respectiva decisión” (artículo 7 y 8).

⁶⁵ Instituto Penitenciario y Carcelario. *Informe estadístico - marzo de 2020*. pp. 28-29.

⁶⁶ Consultado el 12 de mayo de 2020. Ver en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/covid-19-en-las-carceles-van-899-contagios-y-tres-muertes-articulo-915830>

⁶⁷ Consultado el 12 de mayo de 2020. Ver en: https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PET/Paginas/Covid-19_copia.aspx

Para la Comisión, este conjunto de omisiones genera una profunda inseguridad jurídica, vulnera el debido proceso y viola los principios de celeridad y eficacia que deben cobijar la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad. En este sentido, la indeterminación respecto a la cantidad de tiempo que llevará el trámite, y por ende el deshacinamiento, permite que en algunos casos el proceso sea corto y en otros largo - problema que es de crucial importancia si se tiene en cuenta la necesidad urgente de adoptar medidas de protección de la población reclusa, el personal del INPEC y todas las personas potencialmente afectadas.

Adicionalmente, la falta de seguridad jurídica respecto a los términos también subordina el cumplimiento del plan de deshacinamiento al arbitrio del Estado y de su iniciación por vías procesales insuficientes en el caso de personas condenadas, por lo cual implica una desprotección del derecho fundamental de estas personas y extiende de forma injustificada la implementación de dichas medidas. Para la Comisión, esto se materializa en que, para el 7 de mayo de 2020, ya tres semanas luego de la expedición del Decreto, sólo 351 personas⁶⁸ han salido de los centros de reclusión en virtud de estos beneficios extraordinarios.

Por lo anterior, la Comisión recuerda que la Corte ha señalado que la libertad de configuración legislativa en materia penal y procesal penal, a pesar de ser amplia, tiene límites en el respeto por los principios y fines del Estado, los derechos fundamentales y las demás normas de rango constitucional. “[S]i bien el Congreso o el Presidente de la República, debidamente autorizado por aquél mediante la concesión de facultades extraordinarias, tienen la potestad para consagrar, dentro de un margen de discrecionalidad, las diversas formas, ritualidades y términos procesales, éstos deben ser razonables y estar dirigidos a garantizar el derecho sustancial”⁶⁹. En esta medida, la Comisión considera imperativo que la Corte se pronuncie al respecto y se establezcan y unifiquen los términos generales del proceso con la finalidad de hacer efectiva la medida y salvaguardar la vida, salud e integridad de las personas privadas de la libertad.

6. CONSIDERACIONES DE ARTICULACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA Y LA JURISDICCIÓN ORDINARIA PARA EL TRASLADO DE BENEFICIARIOS DE EXCARCELACIÓN

Por su parte, la Comisión también encontró que el artículo 9 del Decreto Legislativo presenta dos dificultades importantes para que su implementación proteja los derechos de los pueblos indígenas. La primera corresponde a que, al pactar y ejecutar los procedimientos de traslado de

⁶⁸ El Tiempo. Redacción justicia. *Al ritmo actual, excarcelación de 4.000 presos tomaría más de 230 días*. Recuperado de: <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/lentos-resultados-de-decreto-de-excarcelacion-por-coronavirus-senalan-expertos-493046>

⁶⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-012 del 23 de enero de 2002, MP. Jaime Araujo Rentería.

población indígena a las comunidades en las que residen, es necesario que el Estado respete de manera reforzada la autonomía de la jurisdicción especial indígena y fomente la coordinación interjurisdiccional, de modo que estas actuaciones no impliquen una violación a la independencia y autonomía de la jurisdicción. La segunda se deriva, a juicio de la Comisión, de las condiciones de vulnerabilidad en la cual están las comunidades indígenas frente a la pandemia y que amenazan su propia supervivencia. Por esto, la Comisión considera necesario que los traslados cuenten con medidas de prevención y de protección especiales para proteger a las comunidades indígenas consultando a sus consejerías de medicina tradicional y salud occidental. Con estas medidas, se busca evitar que, al trasladar a personas al interior de las comunidades, éstas no sean un vector de contagio que pueda poner en riesgo a los pueblos indígenas.

7. LA VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CONTENIDAS EN EL DECRETO 546 DE 2020 NO DEBEN IMPLICAR UNA VUELTA AL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONALES

El último de los problemas encontrado por la Comisión es el referente a la vigencia de las medidas del Decreto Legislativo, el cual, en su art. 3 establece que los beneficios de detención y prisión domiciliaria transitorias en el lugar de residencia tendrán un término de 6 meses. Para la Comisión, esta disposición plantea dos problemas desde la óptica constitucional. En primer lugar, dado que actualmente se desconoce la duración de la pandemia, establecer un término de vigencia que no guarda relación con la amenaza para la vida y la salud de la población carcelaria, puede implicar que las medidas de protección terminen su vigencia sin que se haya superado el riesgo. Por ello, la Comisión considera que la duración de la reclusión domiciliaria transitoria debe ser determinada por la duración de la pandemia y no por un término fijo de tiempo, es decir, deben estar sujetas a una condición y no a un término.

En segundo lugar, la vigencia de estas medidas también presenta un problema constitucional importante una vez el estado de emergencia generado por la pandemia sea superado, teniendo en cuenta que el hacinamiento no sólo es una problemática constitucional de cara al SARS-CoV-2, sino que también es una situación estructural de violación de derechos fundamentales y de la dignidad humana, declarado por la Corte Constitucional como un estado de cosas inconstitucional. El hacinamiento, si bien no es el único problema de la crisis, es uno de los rasgos estructurales producidos por las fallas de la política criminal que no sólo desvirtúa la finalidad resocializadora de la pena,⁷⁰ sino que también dificulta e imposibilita el goce efectivo

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-153 del 28 de abril de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

de otros derechos fundamentales – por ejemplo, el derecho a la resocialización, el acceso a la salud, entre otros.⁷¹

En esta medida, si bien el Decreto Legislativo busca reducir el hacinamiento para mitigar el riesgo de contagio del virus, una vez la pandemia sea superada, el levantamiento de las medidas implicaría el retorno a condiciones de hacinamiento y la reconfiguración de una situación estructural de violación de derechos fundamentales. Es decir, un retroceso en materia del estado de cosas inconstitucionales. Es por esto que, a juicio de la Comisión, el Estado tiene la obligación de formular una estrategia de levantamiento progresivo de la reclusión domiciliaria transitoria, con el cual se garantice que el regreso de personas a reclusión luego de la pandemia no signifique el regreso a condiciones de reclusión indignas y la afectación masiva de los derechos fundamentales de la población carcelaria. En este sentido, dicha estrategia deberá organizar la reclusión de personas condenadas por delitos graves primero, evitando que personas sindicadas o personas condenadas por delitos leves sean las primeras en regresar a reclusión de manera innecesaria y se desborde nuevamente el sistema. Además de esto, también es necesario que el Congreso de la República, la Rama Judicial y las demás instituciones del Estado reformulen de fondo la política criminal, dado que la excarcelación de personas no resuelve de las fallas de política criminal y de uso excesivo del encarcelamiento que dieron origen a la crisis.

Por lo anterior, la Comisión considera que el término de vigencia establecido en el art. 3 del Decreto Legislativo debe ser declarado inconstitucional. Las medidas de excarcelación deberán mantenerse vigentes por todo el tiempo que el SARS-Cov-2 amenace de manera grave la vida y la salud de la población carcelaria, de los funcionarios del INPEC, sus familias, y la comunidad en general. Y, adicionalmente, dado que el levantamiento de las medidas luego del estado de emergencia implicaría la reconfiguración de un estado de cosas contrario a la Constitución Política, la Corte debe extender la vigencia de estos beneficios hasta tanto el Estado desarrolle un plan de reimplementación de medidas privativas de la libertad en el cual se garantice la dignidad humana y los derechos de la población que sea liberada y de la que permanecerá en reclusión durante la pandemia.

8. PETITORIO

De conformidad con lo expuesto en esta intervención y con la finalidad de adecuar el Decreto 546 de 2020 a la Constitución y garantizar su idoneidad y proporcionalidad, solicitamos a la Corte:

⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia T-388 del 28 de junio de 2013, MP. María Victoria Correa; Sentencia T-762 del 16 de diciembre de 2015, MP. Gloria Stella Ortiz Delgado.

PRIMERO: Que se declare inexecutable la expresión “(...) *las medidas de detención y (...)*” del artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020, por violar la presunción de inocencia (artículo 29 de la Constitución), el derecho a la libertad personal (artículo 28 de la Constitución) y el carácter excepcional de la detención preventiva (artículo 295 de la Ley 906 de 2004).

SEGUNDO: Que se declaren inexecutable los parágrafos 2 y 3 del artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020 por violar los derechos fundamentales a la presunción de inocencia, el debido proceso (artículo 29 de la Constitución) y a la libertad personal (artículo 28 de la Constitución) de las personas sindicadas de la presunta comisión de un delito.

TERCERO: Que se declaren inexecutable las siguientes expresiones subrayadas del artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020 por violar el principio de proporcionalidad penal: “(...) *concierto para delinquir simple, (artículo 340 inciso primero) (...)*”, “(...) *hurto calificado (artículo 240) numerales 2 y 3 y cuando tal conducta se cometa con violencia contra las personas, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto Legislativo en las demás hipótesis cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena (...)*” y “(...) *hurto agravado (241) numerales 3, 4, 12, 13 y 15, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en este Decreto Legislativo en las demás hipótesis cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena (...)*”

TERCERO: Que se declare inexecutable la expresión “(...) *delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes (...)*” del Decreto Legislativo 546 de 2020 por violar el principio de proporcionalidad penal. Subsidiariamente, se solicita que se declare la expresión executable condicionalmente, bajo el entendido de que la exclusión para los delitos asociados al narcotráfico sólo opera sobre delitos en los que están involucradas cantidades medias o altas de estupefacientes de acuerdo al inciso 2 y 3 del artículo 376 del Código Penal y que no será aplicable para personas condenadas que cumplían funciones fungibles, tangenciales y de bajo rango dentro de la cadena del narcotráfico o que cometieron la conducta por circunstancias graves de vulnerabilidad socioeconómica.

CUARTO: Que se declare executable condicionalmente la expresión “(...) *concierto para delinquir agravado (artículo 340 incisos segundo, tercero y cuarto) (...)*” del artículo 6 del Decreto Legislativo 546 de 2020, bajo el entendido de que la exclusión del concierto para delinquir agravado no cobija los delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes cuando estos sean por bajas cantidades (inciso 1 del artículo 376 del Código Penal) y que no será aplicable para personas condenadas que cumplían funciones fungibles, tangenciales y de bajo rango dentro de la cadena del narcotráfico o que cometieron la conducta por circunstancias graves de vulnerabilidad socioeconómica.

QUINTO: Que se declare executable condicionalmente la expresión “(...) *y el delito no esté incluido en el listado de exclusiones del artículo sexto (6) (...)*” del párrafo 1 del artículo 2 del

Decreto Legislativo, bajo el entendido de que la exclusión es constitucional siempre y cuando el Estado puede garantizar a las personas vulnerables al COVID-19 condiciones de reclusión que tengan medidas adecuadas de prevención de contagio tales como el aislamiento y el distanciamiento social, las condiciones de salubridad necesarias y de tratamiento médico suficiente requerido para garantizar los derechos a la vida, la salud y la integridad de los implicados, tanto por sus condiciones de salud preexistentes como frente a su eventual contagio de SARS-Cov-2. En caso de que el Estado no pueda brindar estas condiciones, la exclusión del beneficio de reclusión domiciliaria transitoria por tipo delictivo no podrá ser aplicado para estas personas, de modo que puedan recibir este beneficio como medida de protección de su vida, salud e integridad personal.

SEXTO: Que se declare exequible condicionalmente el artículo 8 del Decreto Legislativo 546 de 2020, bajo el entendido de que las personas condenadas también podrán solicitar directamente ante los jueces de ejecución de penas la concesión de la prisión domiciliaria transitoria en caso de que considere que es acreedor de beneficio y que el INPEC no lo incluyó en las listas de preseleccionados enviados a los jueces.

SÉPTIMO: Que se establezca un tiempo máximo razonable de duración para los procedimientos de aplicación de los beneficios de detención y prisión domiciliaria transitoria regulados por los artículos 7, 8 y 14 del Decreto Legislativo 546 de 2020, teniendo en cuenta la situación de hacinamiento carcelario y la rápida propagación del SARS-Cov-2, de forma tal que se garanticen los derechos al debido proceso, igualdad y seguridad jurídica de las personas privadas de la libertad.

OCTAVO: Que se declare inexecutable el artículo 3 del Decreto Legislativo y se ordene al Gobierno Nacional elaborar un plan de reimplementación de medidas privativas de la libertad de personas liberadas luego de la pandemia, previniendo la reaparición del hacinamiento y la reconfiguración del estado de cosas inconstitucionales previo al interior del sistema penitenciario y carcelario.

NOVENO: Que se exhorte al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Rama Judicial para que adopten una reforma de la política criminal que reduzca razonablemente el uso del encarcelamiento en Colombia, según los lineamientos dados por la Corte Constitucional en sus sentencias T-388 de 2013 y T-762 de 2015.

DÉCIMO: Que se solicite al INPEC y/o al Ministerio de Justicia y del Derecho presentar ante la Corte Constitucional, en concordancia con el apartado 4 de esta intervención, que:

1. Presente una identificación, cuantificación y caracterización de la población privada de la libertad que presenta características de vulnerabilidad alta al COVID-19 y que están excluidas por tipo delictivo, según son definidos en los literales a), b) y c) del Decreto

Legislativo 546 de 2020. En la caracterización se debe incluir la información de la conducta delictiva específica de cada persona, una evaluación de la garantía de los derechos a la salud en las condiciones actuales de reclusión en la que se encuentran, incluyendo las condiciones de prevención de contagio y de tratamiento médico posible en el caso de un cuadro sintomático complejo de COVID-19.

2. Con base en la caracterización, que se identifique la viabilidad, cronograma, recursos presupuestales, disponibilidad de personal y demás factores institucionales necesarios para adoptar medidas de protección especiales que garanticen plenamente los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal de personas vulnerables al COVID-19 excluidas del beneficio de excarcelación.

9. NOTIFICACIONES

Ponemos a disposición del despacho los siguientes correos electrónicos para notificaciones: abenjumea@humanas.org.co, ccardona@humanas.org.co, notificaciones@dejusticia.org y jhernandez@dejusticia.org.

Cordialmente,



Adriana María Benjumea Rúa
Directora de la Corporación Humanas

Secretaría Técnica

Comisión de Seguimiento de la Sociedad Civil a la Sentencia T-388 de 2013

Carrera 7 # 33-49, oficina 201

La presente intervención fue elaborada y aprobada por las siguientes organizaciones que integran la Comisión de Seguimiento:

- Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia
- Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado
- Colectivo Abolicionista Contra el Castigo
- Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - CODHES
- Corporación Humanas
- Equipo Jurídico de Pueblos
- Fundación Comité de Solidaridad con los Presos Políticos