



Bogotá D.C., 30 de abril de 2020

H. Magistrada

DIANA FAJARDO RIVERA

H. Corte Constitucional

E. S. D.

Referencia. Intervención ciudadana. Expediente RE 277. Control constitucional integral y automático del Decreto 546 de 14 de Abril de 2020.

“Me parece absurdo que las leyes, que son expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, cometan ellas mismas también uno, ordenando un homicidio público para alejar a los ciudadanos del asesinato.”

Cesare Beccaria¹

Darío Bazzani Montoya y José Manuel Díaz Soto, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en ejercicio del derecho ciudadano consagrado en el artículo 242 de la Constitución Política, actuando como profesores del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, presentamos a consideración de los H. Magistrados de la Corte Constitucional el presente escrito de intervención ciudadana, dentro del trámite de revisión de constitucionalidad de la referencia.

Presentamos nuestras observaciones respecto del análisis constitucional de la norma sometida a control, dividiendo el estudio en la valoración del cumplimiento de los requisitos de orden formal y material, de conformidad con las previsiones de la Carta Política, en sus artículos 215 y 252, la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, conforme a lo señalado en sus artículos 1 a 21 y 46 a 50 -Ley 137 de 1994-, y en los tratados internacionales sobre derechos humanos debidamente suscritos y ratificados por Colombia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política.

¹ Cesare Beccaria, De los delitos y de las penas, capítulo 28, Alianza Editorial Madrid, 1968.



1.DE LOS REQUISITOS FORMALES

En nuestro concepto, el Decreto Legislativo 546 del 14 de abril de 2020 cumple con la totalidad de los requisitos de orden formal exigidos por el artículo 215 de la Constitución Política, el cual regula el estado de emergencia económica, social y ecológica, por cuanto: 1) fue dictado y promulgado en desarrollo del estado de emergencia declarado por el Gobierno Nacional mediante Decreto 417 del 11 de marzo de 2020; 2) lleva la firma del Presidente de la República y todos los Ministros del Despacho; 3) fue expedido dentro del término de vigencia del estado de emergencia, es decir, dentro de los 30 días calendario siguientes a la declaratoria; y 4) contiene en sus considerandos la explicación de las causas que motivan la expedición de la normatividad de excepción.

2. DE LOS REQUISITOS MATERIALES

El examen material de los decretos expedidos al amparo del estado de emergencia económica, social y ecológica, exige la verificación del cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Relación directa y específica entre las medidas adoptadas y las causas de perturbación o amenaza (conexidad); 2) que las medidas tengan por objeto alcanzar los fines invocados en la declaratoria del estado de emergencia (finalidad); 3) que se hayan explicado, en los considerandos del decreto, las razones que justifican cada medida adoptada y si estas son necesarias para lograr los fines de la declaratoria (necesidad); 4) que se advierta proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los hechos graves que se pretenden superar o evitar (proporcionalidad); y, 5) si se suspendió la normatividad vigente, la explicación de la incompatibilidad de esas normas y el porqué se requiere de otras con fuerza de ley en reemplazo de las primeras (incompatibilidad).

2.1.Conexidad y finalidad

De conformidad con los requisitos señalados en el artículo 215 de la Constitución Política, las medidas adoptadas en el decreto que expida el Presidente de la República en desarrollo de las facultades que le otorga la declaratoria del estado excepcional de emergencia económica, social y ecológica, debe tener una relación directa y específica con las causas de la perturbación o amenaza que, según el Gobierno Nacional, justificaron la declaratoria del estado de emergencia.



En otros términos, se trata de un ejercicio valorativo a partir de la revisión del decreto madre y el decreto hijo, en el que el juicio de conexidad exige comprobar el nexo causal existente entre las causas que motivaron la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica y las medidas contenidas en el decreto expedido en desarrollo de las facultades que se desprenden de la declaratoria de dicho estado. Así, la explicación contenida en la parte considerativa del decreto que adopta las medidas que pretenden descongestionar los centros carcelarios debe explicar el porqué esas medidas guardan relación directa con las causas que justificaron la declaratoria extraordinaria del estado de excepción.

Lo anterior significa que el juicio constitucional de conexidad debe realizarse desde dos perspectivas distintas: la primera, comparando los considerandos del decreto que declaró la emergencia con la motivación del decreto que adopta las medidas y, la segunda, revisando cada una de las medidas adoptadas en la parte resolutive del decreto, verificando que cada una de ellas, al menos potencialmente, sea idónea, en una relación causa efecto, para superar las causas o evitar la extensión de sus efectos. Este último juicio exige consultar la finalidad de las medidas a efectos de comprobar su utilidad e idoneidad para hacer cesar el estado de perturbación o de amenaza y la extensión de sus efectos.

Así las cosas, frente al juicio de conexidad general, conviene precisar que las medidas adoptadas en el decreto no persiguen hacer desaparecer con carácter permanente las causas por las cuales existe hacinamiento carcelario en Colombia, ya que **la causa principal que justificó la declaratoria de la emergencia no es el hacinamiento carcelario sino la existencia de una pandemia ocasionada por el covid 19.** Y no podía ser de diferente forma, porque la congestión carcelaria no puede, per se, ser combatida a través de facultades de excepción, pues es una problemática que se evidencia desde hace muchos años, al punto que motivó que la H. Corte Constitucional declarara un estado de cosas inconstitucionales. En consecuencia, por ser un problema endémico y de vieja data, no puede ser entendido de manera autónoma como causa de la declaratoria, a pesar de haber sido citado por el Gobierno en el decreto de declaratoria del estado de excepción.

Cosa diferente es que la situación de sobrepoblación que actualmente enfrentan las cárceles en Colombia, coloca en especial riesgo a la población reclusa y al cuerpo de



custodia y vigilancia del Inpec, al no poderse garantizar el cumplimiento de las más elementales normas de protección de la población privada de la libertad frente a la pandemia. Es por ello que las medidas de excepción que se requieren, de manera inmediata y con fuerza legislativa, deben estar encaminadas, mientras dure la pandemia, a disminuir el grave e inminente peligro que enfrentan los reclusos en la actualidad por razón del virus considerando el hacinamiento carcelario, habida cuenta de que impide garantizar las medidas de aislamiento social, higiene y prevención.

Por esta razón la pregunta que debe formularse en el juicio de conexidad no es si las medidas son idóneas para disminuir permanentemente el hacinamiento carcelario, como si fuera esta la causa principal que se pretende superar, sino que el interrogante está referido a si las medidas transitorias adoptadas pretenden y garantizan la disminución de la población privada de la libertad, durante el tiempo que dure la pandemia, en una medida tal que permite la efectiva adopción de las medidas sanitarias para proteger la vida e integridad de la población reclusa.

Esta distinción, que parece sutil, es necesaria, ya que si se examinan aisladamente las medidas adoptadas y su impacto en la descongestión carcelaria, probablemente se llegaría a la conclusión de que al otorgarse a un sector de dicha población el sustituto de la detención o prisión domiciliaria se lograría disminuir, en algún porcentaje, el número de internos reclusos en los establecimientos penitenciarios y carcelarios. No obstante, como quiera que el juicio de conexidad en este caso exige comprobar que con las medidas adoptadas se logrará cumplir con las recomendaciones de la Organización Mundial para la Salud, de la Organización Panamericana para la Salud y del Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Salud y del Instituto Nacional de Salud, mientras se supera la pandemia, el análisis debe ser distinto, ya que no basta con disminuir el hacinamiento penitenciario y que el decreto contribuya en algo a ello, sino que **se requiere que las medidas garanticen que no habrá sobrepoblación carcelaria durante el tiempo que dure el estado de riesgo. O lo que es lo mismo: para superar el juicio concreto de conexidad, las medidas deben ser idóneas para lograr que desaparezca la sobrepoblación penitenciaria en su totalidad, así sea transitoriamente y no la simple disminución del hacinamiento, puesto que mientras este perdure, así sea con índices menores, las medidas no serán efectivas para impedir que se extiendan los efectos de las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción.**



Así las cosas, preocupa que, según los datos consignados en la parte motiva del decreto, exista al momento de su expedición una sobrepoblación aproximada de 40,000 internos, pero según los estimativos del Gobierno Nacional el número de detenidos y condenados que tendrían derecho a la detención y prisión domiciliaria, conforme a la normatividad de excepción, no supera el 10% de esa cifra, ya que el Ministerio de Justicia calcula una cifra cercana a los 4000 detenidos. Bajo esa misma perspectiva, debe criticarse la ausencia de estudios técnicos de impacto, los cuales, conforme al requisito de motivación, deberían estar contenidos en la parte motiva del decreto, omisión que no permite hacer un juicio objetivo de idoneidad de las medidas como parte del juicio de conexidad o, al menos, lo dificulta en mayor grado.

Por la misma razón, se concluye que el término de duración de las medidas previsto en el decreto, el cual es de 6 meses, resulta caprichoso, puesto que, como ya se advirtió, para que el decreto pueda superar el juicio de conexidad, las medidas deberían estar vigentes durante todo el tiempo que perdure la causa principal de la declaratoria del estado de excepción, es decir la pandemia derivada del covid 19. En ese sentido, el término de 6 meses previsto en el artículo 3º del decreto pone en tela de juicio su conexidad y deviene en irrazonable y desproporcionado y, por lo tanto, inconstitucional.

Ahora bien, pese a que es cierto que el juicio de constitucionalidad, tratándose de decretos leyes emanados del Ejecutivo durante los estados de excepción, debe ser rígido y restrictivo, por razón del principio democrático, en el presente caso advertimos que es necesario que la Corte Constitucional aplique el principio según el cual debe preferirse la modulación de los efectos del fallo de constitucionalidad, para evitar un mayor perjuicio derivado de un juicio duro o inflexible de constitucionalidad.

Lo anterior significa que si, en gracia de discusión, se considera poco trascendente el vicio de ausencia de motivación técnica consistente en la omisión de señalar el efecto concreto que tendrían las medidas adoptadas en términos de descongestión, pero se acepta que el cálculo según el cual saldrían de las prisiones a sus residencias 4000 reclusos aproximadamente, tal razonamiento, en condiciones normales, haría inane la medida y, por tanto, inconstitucional, por ser insuficiente para lograr impedir la extensión de los efectos de la pandemia en los centros de reclusión. Sin embargo, en el caso bajo



examen, la H. Corte Constitucional podría adoptar determinaciones que doten de efecto útil al decreto. Así, retirando del ordenamiento jurídico las limitaciones que impiden que las medidas sean realmente efectivas para lograr retornar transitoriamente los centros de reclusión a índices de ocupación carcelaria adecuados, ese decir, garantizar que un número de al menos 40.000 internos puedan acceder a la detención domiciliaria o ser trasladados a centros temporales de reclusión habilitados para el efecto, se lograría que el decreto supere el juicio de idoneidad y se evitaría, de esa manera, un perjuicio mayor para sus destinatarios que el que se generaría si se expulsa del ordenamiento jurídico.

Tal es el caso de las restricciones contenidas en el artículo 6º del decreto, que consagra un listado exagerado de delitos en los cuales no sería procedente la detención o prisión domiciliaria por razón de las causales que contempla el artículo 2º del mismo estatuto.

En ese sentido, la primera solución que se podría adoptar para modular los efectos del decreto, de tal suerte que las normas que en principio son inconstitucionales se ajusten a la Carta, es la de declarar la inexecutable del artículo 6º, es decir, retirar de la normatividad las excepciones previstas en el decreto, bajo el entendido de que las causales previstas en el artículo 2º se aplican sin restricción por razón del delito y son autónomas e independientes de las causales previstas en el Código de Procedimiento Penal, a las que sí se aplican las restricciones contenidas en dicho estatuto.

La razón que justifica una decisión en tal sentido no es sólo el aumento del número de personas a las que se aplicarían las causales, sino que, al desaparecer las limitaciones por razón del delito, no se podría impedir la concesión de la domiciliaria a esa población que está en especial condición de indefensión.

Al respecto, cabe advertir que, si bien es cierto la jurisprudencia constitucional ha avalado la facultad de otorgar un tratamiento diferenciado a determinadas personas en el sentido de restringir beneficios penales o penitenciarios por razón de la gravedad del delito, antecedentes penales u otros motivos razonables, también es cierto que la Corte ha aclarado que dicho criterio no aplica a personas que son objeto de especial protección. En ese sentido, habría que preguntarse si en el caso de las medidas que nos ocupan el legislador de excepción puede excluir de beneficios a las personas que enfrentan mayor riesgo por razón de la pandemia, que no son otras que las que la propia Organización



Mundial para la Salud ha identificado y que el Decreto Ley 417 de 2020, que declaró el estado de excepción, señaló como población objeto de especial protección durante el período de existencia de la pandemia en el país. ¿Es que acaso las personas sindicadas o condenadas por delitos graves son inmunes al virus? Por esta razón, consideramos que el criterio que desarrollan las causales a,b,c y d del artículo 2º del decreto resulta adecuado desde la perspectiva de la protección de la población con mayor riesgo frente al eventual contagio, como son las personas mayores de 60 años, las personas con morbilidades que las hacen más frágiles y que ponen en peligro su vida en caso de contagio, o las mujeres gestantes y sus hijos menores de tres años, pero, al mismo tiempo, no parece adecuado que se restrinja la protección a las mismas personas por razón de la gravedad del delito por el cual están siendo procesadas o han sido condenadas, que es el efecto de aplicar las exclusiones contenidas en el artículo 6º del decreto.

De aceptarse la solución propuesta, en el sentido de retirar del Decreto la totalidad de las excepciones previstas que se refieren a la naturaleza del delito cometido y a su gravedad, bastaría la adecuación del caso a la causal para conceder la pena o medida sustitutiva, pues tampoco se aplicarían las excepciones previstas para épocas de normalidad (artículos 38 G y 68 A del Código Penal), puesto que ellas únicamente serían aplicables a los eventos en que procede la detención domiciliaria y la prisión domiciliaria en todo tiempo, según las previsiones vigentes de los códigos penal sustantivo y de procedimiento penal.

Ahora bien, si la Corte encuentra que el listado que contiene las excepciones contenidas en el artículo 6º del Decreto se ajusta a la Carta por ser razonable la distinción, listado que, entre otras cosas, no difiere sustancialmente del previsto en el régimen ordinario, tendría que condicionar la exequibilidad de dicho artículo, en el sentido que esas excepciones solo aplican a los casos contenidos en las causales e,f y g del artículo 2º del Decreto, con lo cual las personas que reúnan los requisitos señalados en las causales a,b,c y d, previstas en la misma norma, tendrían derecho a la detención domiciliaria, sin importar el delito.

Esta solución, descansaría en varios precedentes de constitucionalidad, entre otros, los contenidos en la Sentencia C-318 de 2008, en la que la Corte condicionó la exequibilidad del parágrafo del artículo 314 de la ley 906 de 2004, en el sentido que las limitaciones



por razón del delito no son aplicables sino, exclusivamente, a la causal 1º de detención domiciliaria, pero no a los eventos contenidos en las causales 2ª y siguientes, pues ellos obedecen a razones humanitarias fuertemente vinculadas a la dignidad humana.

Nótese que, en atención a ese precedente, el propio legislador ordinario consagró la misma excepción para la aplicabilidad de las prohibiciones contenidas en el artículo 68A del Código Penal, lo que significa que, si comparamos el régimen ordinario con el del decreto 564 de 2020, sometido ahora a examen de constitucionalidad, no sólo se concluye que desconoce el precedente constitucional sino que viola tajantemente el principio de proporcionalidad, al consagrar un régimen más gravoso en materia de detención y prisión domiciliaria que el previsto en el régimen ordinario, luego no es cierta la pretensión aducida por el Gobierno Nacional de expedir un decreto con fuerza de ley que flexibilice los requisitos para obtener el sustituto penal.

El problema de la opción de la declaratoria de la constitucionalidad condicionada del artículo 6º, es que, al ser tan pocos los cambios que se hicieron a los requisitos contenidos en las causales ordinarias de detención y prisión domiciliaria, el número de personas que accederían al sustituto no sería suficiente para lograr restablecer la cifra de internos a los cupos existentes. Por tal razón, desde la perspectiva de la razonabilidad de las medidas y su idoneidad para conseguir los fines propuestos, lo que corresponde es la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 6º del Decreto, con los condicionamientos expuestos, y así se protegería a la población reclusa con un criterio de distinción razonable que respetaría tanto la exigencia de conexidad como los principios de razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad, así como los precedentes contenidos en las decisiones de constitucionalidad, que obran como precedente.

En ese orden de ideas, tampoco aparece constitucionalmente admisible la restricción contenida en el artículo 5º del Decreto, el cual excluye de los sustitutos penales a las personas que estén sometidas al procedimiento de extradición, sin importar el delito de que se trate. Aquí el criterio de diferenciación tampoco guarda relación de conexidad con las causas que motivan y justifican la adopción de medidas excepcionales. Reiteramos: ¿Acaso una persona solicitada en extradición es inmune al virus? Si la causa de la declaratoria del estado de excepción es la pandemia y el fin de las medidas adoptadas es evitar la propagación del virus al interior de las cárceles, ¿la excusión de capturados en trámite de extradición cumple dicha finalidad? Evidentemente, dicha restricción



desconoce el juicio de conexidad y vulnera de paso los principios de necesidad y proporcionalidad, además de contribuir a hacer mas inocuas las medidas previstas por el legislador extraordinario.

Con base en idéntico razonamiento, consideramos que en ejercicio de la facultad de modular los efectos de los fallos de constitucionalidad, la Corte debe declarar inexecutable el artículo 3º del Decreto en la parte que establece una vigencia para las medidas de 6 meses, condicionando la vigencia de las normas de descongestión al término durante el cual la Organización Mundial para la Salud mantenga la declaratoria del estado de pandemia y mientras subsista la emergencia sanitaria declarada por las autoridades de nuestro país. Si las medidas pretenden impedir la extensión de los efectos de la pandemia a la población carcelaria, resulta evidente que es imposible señalar un término exacto de duración de las medidas de descongestión, y que la única forma de predicar conexidad de las medidas es imponer un término de vigencia de las mismas, sometido en este caso no a un plazo sino a una condición, la cual no puede ser distinta a la superación de la causa, es decir, la desaparición del riesgo por razón de la pandemia.

Si bien este ejercicio de condicionar la constitucionalidad de las normas modulando los efectos del fallo de constitucionalidad puede superar los vicios planteados, no resulta válido en relación con los artículos 25 y 30 del Decreto, frente a los cuales no se observa relación de conexidad directa con el Decreto de declaratoria de la emergencia. Si bien esas normas contienen previsiones deseables para lograr a largo plazo una disminución de la población carcelaria a números equivalentes a los cupos existentes y con ello salvaguardar el derecho a la dignidad humana y los demás derechos fundamentales en conexidad afectados en tiempos de normalidad, no es a través del instrumento de excepción que se debe manejar la política criminal del Estado con carácter permanente, pues ello desconoce no solo los requisitos objetivos contemplados en el artículo 215 de la Constitución Política, sino que, además, transgrede los principios más caros de un Estado democrático, como la separación de poderes y la reserva legislativa que encarga al poder legislativo la función de actuar como el interlocutor del pueblo y hacer efectiva la cláusula de soberanía popular. Adicionalmente, dichas normas no contienen medidas de excepción, sino que se limitan a reiterar que las autoridades competentes deben dar cumplimiento a la normatividad ordinaria, lo cual por demás, resulta francamente exótico.



2.2. Necesidad

Si bien los considerandos del decreto evidencian un esfuerzo de parte del Gobierno Nacional por vincular la razonabilidad de las medidas y su necesidad para lograr los fines propuestos, existe un vicio de constitucionalidad en el sentido que, a juicio del propio Gobierno Nacional, las medidas son insuficientes para lograr reducir el hacinamiento carcelario hasta el punto de lograr la correspondencia, cuando menos durante la pandemia, entre el número de internos y los cupos carcelarios existentes.

Tal y como explicamos atrás, a juicio del propio legislador extraordinario, el pronóstico de efectividad de las medidas no superaría, en caso de lograrse el objetivo propuesto, sino tan solo una reducción del diez por ciento del hacinamiento carcelario actual. En ese sentido, los considerandos del decreto no explican cómo el conjunto de medidas adoptadas logrará impedir la extensión de los efectos de la pandemia en los centros de reclusión y proteger los derechos a la salud, integridad física y vida de los reclusos, así como del personal que, en razón al cumplimiento de sus funciones, también está expuesto a contagio.

De la simple lectura de los considerandos del Decreto salta a la vista la ausencia de estudios técnicos, objetivos y certeros, que permitan hacer un cálculo en torno a la eficacia de las medidas adoptadas. No se da explicación de cómo las medidas consignadas en el Decreto, aplicadas en su conjunto, lograrán impactar el hacinamiento carcelario en una medida tal que permita cumplir las directrices impartidas a la población general tendientes a evitar el contagio progresivo del virus y su exposición. En ese sentido, las razones invocadas, no pasan de ser meras especulaciones.

2.3. Proporcionalidad

Tal y como lo advertimos en el acápite referido a la conexidad y finalidad, el Decreto Legislativo 546 impone un régimen de concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave más estricto al ordinario, razón por la cual la normatividad de excepción deviene inidónea para la consecución de las finalidades declaradas en el mentado decreto

El artículo 1º del decreto analizado consagra un nuevo subrogado penal, esto es, un instituto sustitutivo de la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario,



denominado “prisión domiciliaria transitoria”, que procede, conforme a lo señalado en el literal c) del artículo 2º del mismo decreto, a favor de los condenados que padezcan cualquier enfermedad que “ponga en grave riesgo la salud y vida del recluso, de conformidad con la historia clínica del interno” y previa certificación expedida por el personal médico del establecimiento o de la EPS a la que se encuentre afiliado el interno. Dicho de otra forma, la referida modalidad de prisión domiciliaria procede, entre otros eventos, cuando se constate que el condenado privado de la libertad padece de una enfermedad que, en vista de la pandemia de covid-19 y las deficiencias estructurales del sistema penitenciario nacional, resulta incompatible con la vida en reclusión.

No se requiere mayor análisis jurídico para advertir que el supuesto de hecho de esta modalidad de prisión domiciliaria se sobrepone al del artículo 68 de la Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, conforme al cual:

El juez podrá autorizar la ejecución de la pena privativa de la libertad en la “residencia del penado o centro hospitalario determinado por el INPEC, **en caso que se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión formal**, salvo que en el momento de la comisión de la conducta tuviese ya otra pena suspendida por el mismo motivo. Cuando el condenado sea quien escoja el centro hospitalario, los gastos correrán por su cuenta [negrilla fuera de texto].

Como puede advertirse, las diferencias entre el literal c) del artículo 2º del Decreto 546 y el artículo 68 del Código Penal son apenas formales, pues ambas disposiciones consagran una modalidad de la prisión domiciliaria que se autoriza en razón a enfermedades graves que ponen en peligro la vida o salud de los reclusos. En contra de esta conclusión, nada dice el hecho que el estatuto punitivo no haga expresa mención al peligro que la enfermedad debe representar, pues tal exigencia está implícitamente recogida al demandarse que quien pretenda acceder a la reclusión domiciliaria “se encuentre aquejado por una enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión”.

En estos términos, bien puede afirmarse que la causal de procedencia de la “prisión domiciliaria transitoria” consagrada en el literal c) del artículo 2º del decreto analizado corresponde, en esencia, al supuesto de hecho que justifica la concesión de la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave”. En consecuencia, es lógico



concluir que el Gobierno Nacional, amparado en las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, modificó el régimen de concesión de la prisión domiciliaria por enfermedad grave, cuando menos en aquellos eventos en que la incompatibilidad entre la ejecución de la pena privativa de la libertad en establecimiento penitenciario y la enfermedad sufrida por el recluso obedezca, o se vea potencializada, por la pandemia de covid-19.

Lo hasta ahora expuesto no es motivo para cuestionar la constitucionalidad del decreto bajo análisis, pues bien puede el Gobierno Nacional, al amparo del estado de emergencia, modificar el régimen de los subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena de prisión, siempre que, entre otras exigencias, atienda a los principios constitucionales y convencionales que regulan el ejercicio del poder punitivo estatal. Sin embargo, **la inconstitucionalidad del decreto se advierte al constatar que el régimen de la “prisión domiciliaria transitoria” es, por mucho, más estricto que el de la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave”, lo que, paradójicamente, resulta contrario a los propósitos legítimos que el Gobierno afirmar perseguir.**

En efecto, si lo que pretende el decreto es garantizar la vida e integridad personal de aquellas personas privadas de su libertad que, por las patologías que sufren, son especialmente vulnerables al covid-19, no existe razón para que se establezcan limitaciones a la concesión de la prisión domiciliaria que el legislador ordinario no contempló frente a la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy grave”, tal como está regulada en el artículo 68 del Código Penal. En otras palabras, **si lo que pretende el decreto analizado es garantizar en mayor medida la vida e integridad de los reclusos que sufren de enfermedades graves, en comparación con el régimen ordinario de subrogados penales, no se vislumbra ninguna razón para que se excluya de la “prisión domiciliaria transitoria” a los autores o partícipes de las conductas punibles señaladas en su artículo 6º, exclusiones que no aplican en tratándose de la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave”.**

Permítasenos ahondar en este argumento: La jurisprudencia constitucional que se ha ocupado de la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave”, tal como está consagrada en el artículo 68 del Código Penal, precisa que esta pena sustitutiva tiene fundamento en el principio de dignidad humana y en la proscripción de penas crueles,



inhumanas y degradantes; **razón por la cual el delito cometido por quien padece de una enfermedad grave incompatible con su vida en reclusión es intrascendente para la concesión del susodicho subrogado penal²**. Dicho de otra forma: siendo que el artículo 68 del C.P. tiene por finalidad salvaguardar la vida e integridad de los reclusos, derechos que no deben ser siquiera puestos en riesgo con ocasión de la ejecución de la pena privativa de la libertad, resultaría inconstitucional que se excluyera, *ex ante* y en abstracto, a los condenados por determinados delitos de este sustituto de la pena de prisión.

Al respecto, permítasenos traer a colación lo señalado por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-163/19, con ponencia de la H. Magistrada Diana Fajardo Rivera, al referirse al fundamento constitucional de la sustitución de la detención preventiva por detención domiciliaria en eventos de enfermedad grave, instituto análogo al que aquí se analiza:

La sustitución de la reclusión en establecimiento carcelario por la detención "domiciliaria **es una consecuencia del principio de dignidad humana (Art. 1 C.P.) y de la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (Art. 12 C.P.), que impiden mantener a una persona en reclusión formal si ello es incompatible con su vida, su salud o integridad.** En especial, se inscribe dentro de la responsabilidad estatal de velar por quienes se encuentran en el especial estado de sujeción que supone la privación de la libertad en establecimiento carcelario³. En este marco, el Legislador introdujo la exigencia de un peritaje oficial que determine las condiciones del procesado, en la medida en que los servicios médico legales llevados a cabo por el Estado, como refiere uno de los intervinientes⁴, se proporcionan ante todo en interés de la función pública de la administración de justicia [negrilla y resaltado fuera de texto].

De lo transcrito, sencillo resulta advertir que la concesión de la detención o de la prisión domiciliaria, en eventos de enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión, obedece a razones de humanidad, que prevalecen sobre las finalidades legítimas de la detención preventiva o de la pena de prisión; razón por la cual el legislador se abstuvo de prohibir, *ex ante*, la procedencia de estos mecanismos sustitutivos frente a determinadas categorías de delitos. Infortunadamente, y sin justificación suficiente, el Gobierno Nacional decidió impedir que los reclusos que padecen enfermedades muy graves, **y quienes ordinariamente podrían acceder a la reclusión domiciliaria en los**

² Corte Constitucional, Sentencia T-265/2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 10 de julio de 2013. Radicación n° 41489. Nota de la cita.

⁴ Universidad de Los Andes. Nota de la cita.



términos del artículo 68 C.P., se beneficien del instituto de la “prisión domiciliaria transitoria” cuando hayan sido declarados responsables por cualquiera de los delitos consagrados como exclusiones en el artículo 6º del Decreto 546 de 2020.

Son estas razones las que conducen a afirmar que el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto Legislativo 546, limitó las garantías de la población privada de la libertad que sufre de enfermedades graves e incompatibles con sus condiciones de reclusión. Tal limitación no cumple con la exigencia de razonabilidad propia del juicio de proporcionalidad, pues no contribuye, ni siquiera en abstracto, a la consecución de las finalidades declaradas en la parte motiva del decreto ni, en general, a superar o mitigar las causas del estado de emergencia.

Es más, si lo que pretende el decreto, como se expresa en su parte motiva, es aminorar el riesgo de los sectores más vulnerables de la población privada de la libertad ante la epidemia de covid-19, resulta ilógico que se restrinja la posibilidad de conceder la reclusión domiciliaria por enfermedad grave en comparación a lo señalado en el estatuto punitivo, con lo que, contrariamente a lo declarado por el Gobierno, se está aminorando la garantía de los derechos de este sector de la población reclusa.

En estas condiciones, resulta válido afirmar que el artículo 6º del Decreto 546, cuando menos en lo que hace a la población privada de la libertad que sufre de enfermedades graves incompatibles con su vida en reclusión, resulta inconstitucional pues establece la limitación a un derecho consagrado en la ley ordinario, sin justificar las razones de tal restricción; como expresamente lo exige el artículo 8 de la Ley 137 de 1994 -Estatutaria de los Estados de Excepción-. Además, tal limitación no está encaminada a conjurar las causas de la perturbación o a impedir la extensión de sus efectos, por el contrario, dificulta la consecución de tal propósito y disminuye la garantía de los derechos fundamentales a la vida e integridad de los que son titulares las personas privadas de la libertad; desatendiéndose, de este modo, el artículo 10 de la misma ley estatutaria. Por último, pero no menos importante, ninguna explicación se da en la parte motiva del decreto acerca de las razones que ameritan la limitación del régimen ordinario de las penas alternativas, con lo que se desatiende el artículo 11 de la citada Ley 137, conforme cual “Los decretos legislativos deberán expresar claramente las razones por las cuales cada una de las medidas adoptadas es necesaria para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción correspondiente”.



Igual situación se presenta frente a otras causales de detención o prisión domiciliaria transitoria. En efecto, las causales referidas a la edad (menores de 60 años), y la condición de mujer gestante o madre de hijos menores de tres años presentes en el lugar de reclusión, si bien a primera vista representa un régimen mas flexible que el de carácter general y permanente consagrado en el código de procedimiento penal, dicha flexibilidad es aparente y por tanto la medida resulta desproporcionada en relación con las causas que justifican las medidas, al tiempo que cuestionan la proporcionalidad respecto de las mismas figuras que se aplican en épocas de normalidad. Nótese que, tal y como lo advertimos atrás respecto de quienes padecen de una enfermedad grave, las madres gestantes y los adultos mayores cuentan con un régimen de detención y prisión domiciliaria que, según las previsiones del régimen ordinario, resulta mas flexible que el contenido en la norma de excepción, puesto que tanto la Corte Constitucional como el propio Congreso de la República han dispuesto que en esos casos no pueden existir excepciones por razón del delito por el cual se investiga, se juzga o se condena. En ese sentido, también resultan desproporcionadas las prohibiciones referentes a personas detenidas que enfrentan trámite de extradición, pues las mismas no tienen restricciones en el régimen ordinario.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad exige examinar también otra arista del mismo. Nos referimos a la relación entre las medidas adoptadas y el trato discriminatorio que ellas puedan contener en sí mismas. En ese sentido, imponer una limitación por razón del dispositivo amplificador del tipo de la tentativa, equiparando su tratamiento punitivo al delito consumado, no obstante estar prevista para los primeros una pena sustancialmente más baja por existir un menor reproche, o consagrar el beneficio del sustituto transitorio a las personas investigadas, juzgadas o condenadas por delitos culposos, pero siempre y cuando no se encuentren cobijadas por las excepciones del Decreto, resulta abiertamente desproporcionado e irrazonable.

En nuestro respetuoso concepto, la H. Corte Constitucional debería declarar inconstitucionales los artículos 5º y 6º del Decreto 546 de 2020 por violentar el principio de proporcionalidad o, cuando menos, condicionar su aplicación exclusivamente a los eventos de delito consumado, en los casos de las causales f y g del artículo 6º. No obstante, insistimos, si la razón general de la autorización para conceder detención o prisión domiciliaria transitori, descansa en la necesidad de proteger la dignidad humana,



la salud, la integridad física y la vida de los reclusos, lo aconsejable sería disponer su aplicación sin ningún tipo de limitación, es decir, retirar del ordenamiento jurídico la totalidad de los artículos 5º y 6º del decreto.

2.4. Incompatibilidad

Tal y como se advirtió al inicio de la presente intervención, es requisito constitucional que deben cumplir los decretos expedidos en desarrollo de la emergencia declarada, la explicación del porqué las medidas que se suspendan resultan incompatibles con el estado de cosas que justificó la medida y por qué se requieren medidas excepcionales en reemplazo de las primeras.

En ese sentido, las medidas adoptadas en el decreto sometido a examen de constitucionalidad, no pueden entenderse como sustitutivas ni derogatorias de las instituciones semejantes previstas en el código de procedimiento penal. Al respecto, no es clara la previsión del parágrafo 4º del artículo 6º del decreto, en concordancia con el artículo 29 del mismo estatuto, pues se limita a expresar que este artículo no deroga la lista de exclusiones prevista en los artículos 38 G y 68 A del Código Penal. En ese sentido, la interpretación que se ajusta a la Constitución Política es que las medidas adoptadas en el decreto son adicionales y en esa medida, autónomas e independientes, de los institutos semejantes previstos en los códigos penal sustantivo y de procedimiento penal y no la de que a las nuevas medidas también se aplican, además de las restricciones del decreto, las previstas en el ordenamiento positivo ordinario.

Ahora bien, los juicios de necesidad y compatibilidad exigen analizar, también, la suficiencia e idoneidad de las medidas, aspecto que, como se vio, también resulta vinculado a la revisión de la conexidad en concreto. Pues bien, desde esta perspectiva, el Decreto Legislativo 546 de 2020 carece de idoneidad para la consecución de las finalidades invocadas para su adopción, con lo que se desatiende el artículo 10 de la Ley 137 y el inciso 2º del artículo 215 constitucional.

Resulta evidente que la finalidad legítima pretendida con el Decreto Legislativo 546 no puede ser diferente a prevenir y mitigar los efectos de la pandemia de covid-19 en los centros de reclusión. En consecuencia, mal podría evaluarse la constitucionalidad del mentado decreto con base en su aptitud para superar el estado de cosas inconstitucionales en las cárceles y penitenciarias del país, propósito que la legislación de emergencia no está llamada a alcanzar. Sin embargo, no puede perderse de vista que la finalidad expresa y declarada del Decreto está inescindiblemente ligada con el efectivo abordaje de algunas de las problemáticas del sistema penitenciario, pues la



protección de la vida e integridad de la PPL ante la pandemia sólo es posible si se abordan, cuando menos, algunas de las problemáticas que han motivado la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales, al punto de lograr, al menos, una proporción equivalente entre internos y cupos carcelarios. Por supuesto que esa no es la solución definitiva, pues si no se revisan las causas del problema y se reorienta la política criminal del Estado, en poco tiempo se volvería a índices de congestión carcelaria inaceptables.

Insistimos en la falta de idoneidad de las medidas adoptadas. Basta la lectura de las consideraciones del decreto bajo examen para advertir que el Gobierno Nacional pretende garantizar la vida e integridad personal de los reclusos disminuyendo el número de personas privadas de la libertad en los centros de reclusión, para lo cual se consagraron las figuras de la prisión domiciliaria y detención domiciliaria transitoria. En efecto, lo que se pretende con el decreto es disminuir la población penitenciaria para, de ese modo, hacer factible la adopción de las medidas de prevención establecidas por el propio Gobierno Nacional, las cuales resultan de imposible materialización en escenarios de extrema sobrepoblación carcelaria.

Si esto es así, resulta válido evaluar la idoneidad del decreto, esto es, su aptitud para “conjurar la crisis” e “impedir la extensión de sus afectos” a partir de su potencialidad para reducir, significativamente, la sobrepoblación penitenciaria. **En otras palabras, si se acepta, como lo reconoce el Gobierno Nacional, que resulta imposible adoptar las medidas para prevenir el contagio de covid-19 en las actuales condiciones de los centros de reclusión, en especial, que es inviable garantizar el distanciamiento social de los reclusos en las cárceles y penitenciarías con altos índices de hacinamiento, debe también aceptarse que la constitucionalidad del decreto está supeditada a su potencial, cuando menos en abstracto, para reducir los niveles de hacinamiento que sufren la mayor parte de los centros de reclusión.**

Infortunadamente, el análisis de las fuentes oficiales de información revela que el Decreto Legislativo 546 tendrá escasa incidencia en la reducción del hacinamiento carcelario, por lo que en poco o nada contribuirá a la adopción de las medidas para prevenir el contagio de covid-19 o para garantizar la efectiva atención de la población contagiada.



En especial, la información estadística suministrada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec- pone de presente que, por una parte, el hacinamiento penitenciario es muy superior al oficialmente reportado por el Instituto y, por otra, que más de las dos terceras partes de esa población están excluidas de la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria o detención domiciliaria transitoria, veamos:

En lo que hace al hacinamiento, lo primero que debe destacarse es que el porcentaje global de hacinamiento, que ubica la sobrepoblación carcelaria entre un 52 y 55%, obedece a una metodología errada que oculta más de lo que revela. En efecto, el Inpec toma los porcentajes de hacinamiento de cada cárcel y los divide por el total de establecimientos, como si los reclusos de Riohacha, que padecen niveles de hacinamiento del 360%, pudieran emplear el espacio de las pocas cárceles en las que no se registra sobrepoblación. Especialmente problemática resulta la forma en que se valora la incidencia de los pocos centros de reclusión sin hacinamiento en la determinación del porcentaje global, pues los escasos cupos disponibles se toman como “índices negativos de hacinamiento”, lo que, a su vez, disminuye el porcentaje global de sobrepoblación. Lo aquí señalado se advierte con mayor claridad en la siguiente tabla extraída del más reciente boletín estadístico del Inpec⁵:

[ESPACIO EN BLANCO]

⁵ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-. Informe Estadístico Población Privada de la Libertad No. 3, marzo de 2020. Inpec: Bogotá, 2020. El documento puede ser consultado en la página web: https://www.inpec.gov.co/web/guest/estadisticas/-/document_library/TWBUJQCWH6KV/view_file/1001266?_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect=https%3A%2F%2Fwww.inpec.gov.co%2Fweb%2Fguest%2Festadisticas%2F-%2Fdocument_library%2FTWBUJQCWH6KV%2Fview%2F965447%3F_com_liferay_document_library_web_portlet_DLPortlet_INSTANCE_TWBUJQCWH6KV_redirect%3Dhttps%253A%252F%252Fwww.inpec.gov.co%252Fweb%252Fguest%252Festadisticas%252F-%252Fdocument_library%252FTWBUJQCWH6KV%252Fview%252F49294



Tabla 36. Demografía ERON Regional Oriente

ERON REGIONAL ORIENTE	CAPACIDAD	PPL POR GÉNERO		PPL POR SITUACION JURIDICA						TOTAL INTERIORS	SOBRE POBLACION	INDICE HACINAMIENTO
		H	M	SINDICADOS		SUBTOTAL	CONDENADOS		SUBTOTAL			
				H	M		H	M				
EPMSC Arauca	212	405	37	276	30	306	129	7	136	442	230	108,5%
EPMSC Aguachica	70	177	0	104	0	104	73	0	73	177	107	152,9%
EPMSC Pamplona	280	333	0	41	0	41	292	0	292	333	53	18,9%
EPMSC Ocaña	198	360	16	120	6	126	240	10	250	376	178	89,9%
CPMS-ERE-JP Bucaramanga	1.520	2.647	0	1.028	0	1.028	1.619	0	1.619	2.647	1.127	74,1%
EPMSC Barrancabermeja	200	458	0	322	0	322	136	0	136	458	258	129,0%
EPMSC Málaga	60	86	0	28	0	28	58	0	58	86	26	43,3%
EPMS San Gil	262	227	0	0	0	0	227	0	227	227	-35	-13,4%
EPMSC Socorro	318	481	0	125	0	125	356	0	356	481	163	51,3%
CPMS San Vicente de Chucurí	56	33	0	11	0	11	22	0	22	33	-23	-41,1%
EPMSC Vélez	184	298	0	177	0	177	121	0	121	298	114	62,0%
CPMSM Bucaramanga	247	0	417	0	203	203	0	214	214	417	170	68,8%
EPAMS-CAS Girón	1.622	2.055	0	250	0	250	1.805	0	1.805	2.055	433	26,7%
COCUC Cúcuta	2.651	3.707	386	1.332	0	1.332	2.375	386	2.761	4.093	1.442	54,4%
TOTAL REGIONAL ORIENTE	7.880	11.267	856	3.814	239	4.053	7.453	617	8.070	12.123	4.243	53,8%
PARTICIPACIÓN NACIONAL	9,8%	9,9%	10,0%	11,2%	8,0%	10,9%	9,4%	11,2%	9,5%	9,9%	10,3%	16,0%

Fuente: GEDIP – marzo 2020

Nótese como los 23 cupos disponibles en el CPMS⁶ de San Vicente de Chucurí se traducen, en el análisis estadístico, en un hacinamiento negativo del 41,1%, lo que, a su vez, tiene significativa incidencia en el porcentaje total de sobrepoblación carcelaria en la Regional Oriente, que se ubica, artificialmente, en un 53%, pese a que la mayor parte de los centros de reclusión de la regional, incluidos aquellos de mayor capacidad, registran niveles de hacinamiento mayores a este porcentaje.

Más grave aún, conforme al último boletín estadístico del Inpec, correspondiente al mes de marzo de 2020⁷, 81 de los 132 establecimientos de reclusión registran niveles de hacinamiento superiores al 50%; es más, varias de las cárceles con mayor capacidad sufren niveles de sobreocupación que superan este porcentaje. Sólo a modo de ejemplo, la Cárcel La Picota de Bogotá⁸, establecimiento de reclusión con mayor capacidad instalada en el país al contar con 6.002 cupos, registra una población, al día de hoy, de 9.338 reclusos, es decir, el porcentaje de hacinamiento en este centro penitenciario y carcelario es del 55,6%. Más dramática resulta la problemática de sobrepoblación en las cárceles de Cali, Medellín y Palmira⁹, que, pese a contar con más de 1000 cupos, registran porcentajes de hacinamiento del 188,4%, 144,5% y 128,2%, respectivamente.

⁶ Centro Penitenciario de Mediana Seguridad.

⁷ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-. Informe Estadístico Población Privada de la Libertad [...]. op. cit.

⁸ COBOG-ERE-JP Bogotá

⁹ Más exactamente nos referimos a los EPMS-ERE Cali -Cárcel Villahermosa-, EPMS Medellín Bello -Cárcel Bellavista- y CPAMS-JP Palmira.



Por lo anterior, no sorprende, como lo revela la tabla que se expone a continuación¹⁰, que el 54% de la población se encuentre recluida en cárceles y penitenciarias cuyo porcentaje de hacinamiento, en promedio, supere el 80%, esto es, 30 puntos porcentuales por encima del porcentaje oficial de sobrepoblación.

Tabla 20. ERON con mayor sobrepoblación

No.	Establecimiento	Capacidad	Población	Sobre población	Índice de hacinamiento
	Denominación				
1	EPMSC-ERE Cali	2.046	5.900	3.854	188,4%
2	COBOG-ERE-JP Bogotá	6.002	9.338	3.336	55,6%
3	EPMSC Medellín -Bello	1.368	3.345	1.977	144,5%
4	CPMS-PSM - Bogotá	3.081	4.916	1.835	59,6%
5	EPAMS-CAS Cóbbita	2.664	4.255	1.591	59,7%
6	COCUC Cúcuta	2.651	4.093	1.442	54,4%
7	CPAMS-JP Palmira	1.078	2.471	1.393	129,2%
8	EPMSC Cartagena	1.386	2.562	1.176	84,8%
9	CPMS-ERE-JP Bucaramanga	1.520	2.647	1.127	74,1%
10	EPMSC SantaMarta	312	1.329	1.017	326,0%
11	EPMSC-ERE Barranquilla	640	1.633	993	155,2%
12	CPAMSM-ERE Bogotá	1.258	2.231	973	77,3%
13	EPMSC Villavicencio	899	1.819	920	102,3%
14	CPAMS-ERE-JP La Paz	375	1.273	898	239,5%
15	EPMSC Neiva	984	1.871	887	90,1%
16	EPMSC-ERE Valledupar	256	989	733	286,3%
17	EPMSC Manizales	670	1.378	708	105,7%
18	CPMS Acacias	2.376	3.069	693	29,2%
19	EPMSC Apartadó	296	955	659	222,6%
20	EPMSC Montería	840	1.488	648	77,1%
21	COPEP Pedregal -Medellín	3.165	3.812	647	20,4%
22	EPMSC Pitalito	690	1.294	604	87,5%
23	EPMSC-ERE Pereira	676	1.253	577	85,4%
24	EPMSC-RM Pasto	568	1.134	566	99,6%
25	CMS-JP Barranquilla	454	989	535	117,8%
26	EPMSC Andes	168	681	513	305,4%
Total		36.423	66.725	30.302	83,2%
Participación a nivel nacional		45,1%	54,7%	73,3%	

Fuente: GEDIP – marzo 2020

Si este panorama no fuera lo suficientemente preocupante, la H. Corte Constitucional, en sentencia T-762 de 2015, en la que ratificó el estado de cosas inconstitucionales en las cárceles y penitenciarias del país, advirtió deficiencias graves en la metodología para establecer la capacidad de los centros de reclusión y ordenó que se adelantara una evaluación objetiva de la real capacidad de las cárceles y penitenciarias conforme a los mínimos internacionales de protección de derechos humanos; ejercicio que el Gobierno Nacional, inexplicablemente, aún no ha adelantado.

Prueba de lo anterior, la constituye el oficio de fecha 17 de abril de 2020, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora de Planeación del Inpec, Dr. Juan Manuel Riaño, bajo radicado

¹⁰ Ibidem.



8110-OFPLA-81101-GRUES-2020-EE0065809, en el que se dio respuesta al derecho de petición elevado por el señor Diego Alejandro Borbón Rodríguez, monitor del Centro de Investigación en Política Criminal de la Universidad Externado de Colombia, quien solicitó que se le informara el nivel de cumplimiento dado por el Inpec a lo ordenado por la H. Corte Constitucional en la orden general No. 20 de la parte resolutive de la sentencia T-762 de 2015¹¹. Petición a la que el Inpec contestó en los siguientes términos:

Esta orden fue objetada¹² bajo el entendido de que no es necesario rehacer las bases de datos sobre capacidad real de los ERON, sino fortalecer la base de datos que existe en la actualidad SISIPPEC; la propuesta de modificación fue revisada en el marco del subcomité de información el cual estableció que se tendría como insumo el informe de medición que realizaría la USPEC el año inmediatamente anterior y este a su vez sería enviado al Instituto.

Como puede advertirse, a la fecha, esto es, transcurridos casi 5 años de la adopción de la Sentencia T-762/15, no se ha adelantado la verificación de la capacidad real de los centros de penitenciarios conforme a estándares mínimos de vida digna en reclusión, omisión que, aunada a las consideraciones antes esbozadas, nos conducen a concluir que los niveles de hacinamiento son sustancialmente superiores al 54% reportado por el Gobierno Nacional.

Ante esta realidad, esto es, que la sobreocupación penitenciaria muy probablemente es sustancialmente superior al 54%, se hace evidente que las medidas tendientes a evitar la propagación del covid-19 en las cárceles del país demandan una drástica disminución de la población penitenciaria, ya sea mediante la masiva concesión de subrogados penales o mediante el traslado masivo de reclusos a locaciones distintas de las penitenciarias existentes; sólo de esta manera podría contarse con el espacio suficiente para materializar el aislamiento social.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-762/2015. “ORDENAR al INPEC, a la USPEC y al Ministerio de Justicia y del Derecho, por intermedio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, que en el término de quince (15) meses contados a partir de la notificación de la presente sentencia, **rehagan las bases de datos y estadísticas respecto de la capacidad real de los establecimientos de reclusión en el país, teniendo en cuenta que sólo puede contar cupos que cumplan con las condiciones mínimas de subsistencia digna y humana propuestas en la presente providencia y validadas, transformadas o identificadas por el Comité Interdisciplinario.** Lo anterior, con el objetivo de establecer cuál es el nivel real de hacinamiento si se tiene en cuenta el referido estándar.”

¹² No se señala de qué modo ni ante cuál autoridad. -nota fuera de la cita-



Infortunadamente, el extensísimo catálogo de exclusiones dispuesto por el Gobierno Nacional para la concesión de la prisión y de la detención domiciliaria transitoria resta cualquier efecto útil a estos institutos, cuando menos si lo que se pretende es reducir la población penitenciaria a un número que haga posible la implementación de medidas de prevención y tratamiento de la pandemia en las cárceles y penitenciarias del país. Dicho de otra forma: si el régimen de sustitución de la pena de prisión y de la detención preventiva consagrado en el decreto no tiene la potencialidad, cuando menos en abstracto, para eliminar el hacinamiento carcelario, necesariamente habrá que concluir que tales medidas carecen de idoneidad; situación que es, precisamente, la que se presenta en el caso bajo análisis.

Al respecto, permítasenos iniciar por destacar que el listado de exclusiones consagrado en el artículo 6º del decreto objeto de estudio incluye, directa o indirectamente, 167 tipos penales, incluyendo tipos básicos y agravados; veamos:

1. Genocidio (Art. 101¹³);
2. Apología del genocidio (Art. 102);
3. Homicidio (Art. 103);
4. Homicidio agravado (Art. 104);
5. Femicidio (Art. 104A);
6. Femicidio agravado (Art. 104B)
7. Lesiones personales con pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro agravadas (Art. 116 en concordancia con el Art. 119);
8. Lesiones causadas con químicos, ácidos y/o sustancias similares (Art. 116A);
9. Homicidio en persona protegida (Art. 135);
10. Lesiones en persona protegida (Art. 136);
11. Tortura en persona protegida (Art. 137);
12. Acceso carnal en persona protegida (Art. 138);
13. Acceso carnal abusivo en persona protegida menor de catorce años (Art. 138^a);
14. Actos sexuales violentos en persona protegida (Art. 139);
15. Actos sexuales con persona protegida menor de catorce años (Art. 139A);
16. Esterilización forzada en persona protegida (Art. 139B);
17. Embarazo forzado en persona protegida (Art. 139C);
18. Desnudez forzada en persona protegida (Art. 139D);
19. Aborto forzado en persona protegida (Art. 139E);
20. Acceso carnal en persona protegida agravado (Art. 140);
21. Acto sexual violento en persona protegida agravado (Art. 140);

¹³ Todos los artículos relacionados en este listado corresponden al Código Penal vigente, Ley 599 con sus modificaciones y adiciones.



22. Prostitución forzada en persona protegida (Art. 141);
23. Esclavitud sexual en persona protegida (Art. 141A);
24. Trata de personas en persona protegida con fines de explotación sexual (Art. 141B)
25. Utilización de medios y métodos de guerra ilícitos (Art. 142);
26. Perfidia (Art. 143);
27. Actos de terrorismo (Art. 144);
28. Actos de barbarie (Art. 145);
29. Tratos inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida (Art. 146);
30. Actos de discriminación racial (Art. 147);
31. Toma de rehenes (Art. 148);
32. Detención ilegal y privación del debido proceso (Art. 149);
33. Constreñimiento a apoyo bélico (Art. 150);
34. Despojo en el campo de batalla (Art. 151);
35. Omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria (Art. 152);
36. Obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias (Art. 153);
37. Destrucción y apropiación de bienes protegidos (Art. 154);
38. Destrucción bienes e instalaciones de carácter sanitarios (Art. 155);
39. Destrucción o utilización ilícita de bienes culturales y de lugares de culto (Art. 156);
40. Ataque contra obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas (Art. 157);
41. Represalias (Art. 158);
42. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil (Art. 159);
43. atentados a la subsistencia y devastación (Art. 160);
44. Omisión de medidas de protección a la población civil (Art. 161);
45. Reclutamiento ilícito (Art. 162);
46. Exacción o contribuciones arbitrarias (Art. 163);
47. Destrucción del medio ambiente (Art. 164);
48. Desaparición forzada (Art. 165);
49. Desaparición forzada agravada (Art. 166);
50. Secuestro simple (Art. 168);
51. Secuestro extorsivo (Art. 169);
52. Secuestro extorsivo agravado (artículo 170);
53. Apoderamiento de aeronaves, naves o medios transporte colectivo (artículo 173);
54. Tortura (Art. 178);
55. Tortura agravada (Art. 179);
56. Desplazamiento forzado (Art. 180);
57. Desplazamiento forzado agravado (Art. 181);
58. Constreñimiento ilegal por parte de miembros grupos delictivos organizados y grupos armados organizados (Art. 182A);
59. Constreñimiento ilegal por parte de miembros grupos delictivos organizados y grupos armados organizados agravado (Art. 183);
60. Tráfico de migrantes (Art. 188);
61. Trata personas (Art. 188A);
62. Trata de personas agravado (Art. 188B);
63. Tráfico de niñas, niños y adolescentes (Art. 188C);
64. Uso de menores edad para la comisión de delitos (Art. 188D);



65. Amenazas contra defensores de derechos humanos y servidores públicos (Art. 188E);
66. Acceso carnal Violento (Art. 205);
67. Acto sexual violento (Art. 206);
68. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (Art. 207);
69. Acceso carnal abusivo con menor de 14 años (Art. 208);
70. Actos sexuales con menor de 14 años (Art.209);
71. Acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir (Art. 210);
72. Acoso sexual (210A);
73. Art. 205 agravado (Art. 211);
74. Art. 206 agravado 8 (Art. 211);
75. Art. 207 agravado (Art. 211);
76. Art. 208 agravado (Art. 211);
77. Art. 209 agravado (Art. 211);
78. Art. 210 agravado (Art. 211);
79. Art. 201A agravado (Art. 211);
80. Inducción a la prostitución (Art. 213);
81. Proxenetismo con menor de edad (Art. 213A);
82. Constreñimiento a prostitución (Art. 214);
83. Art. 213 agravado (Art. 216);
84. 213A agravado (Art. 216);
85. 214 agravado (Art. 216);
86. Estímulo a prostitución de menores (Art. 217);
87. Demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad (217A);
88. Pornografía con personas menores de 18 años (Art. 218);
89. Turismo sexual (Art.219);
90. Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer actividades sexuales con personas menores de 18 años (Art. 219A);
91. Omisión de denuncia (Art. 219B);
92. Violencia intrafamiliar (Art. 229);
93. Hurto calificado (Art. 240) numerales 2 y 3, cuando tal conducta se cometa con violencia contra las personas, no obstante lo cual procederán las medidas contempladas en el Decreto Legislativo en las hipótesis de hurto calificado cuando la persona haya cumplido el 40% de la condena;
94. Hurto agravado (Art. 243) numerales 3, 4, 12, 13 Y 15, no obstante, procederán las medidas contempladas en el Decreto Legislativo en las hipótesis de hurto agravado cuando se haya cumplido el 40% de condena;
95. Abigeato cuando se cometa con violencia las personas (Art. 243);
96. Extorsión (Art. 244);
97. Corrupción privada (Art. 250A);
98. Hurto por medios informáticos y semejantes (Art. 269I);
99. Captación masiva y habitual dineros (Art. 316);
100. Contrabando agravado (Art. 319);
101. Contrabando hidrocarburos y sus derivados (Art. 319-1);
102. Favorecimiento y facilitación del contrabando agravado (Art. 320);
103. Lavado de activos (Art. 323);
104. Lavado de activos agravado (Art. 324);



105. Testaferato (Art. 326);
106. Enriquecimiento ilícito de particulares (Art. 327);
107. Apoderamiento hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas que lo contengan (Art. 327A);
108. Concierto para delinquir simple, (Art. 340, inciso primero);
109. Concierto para delinquir agravado (Art. 340, incisos segundo, tercero y cuarto);
110. Asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos armados organizados (Art. 340A);
111. Entrenamiento para actividades ilícitas (artículo 341);
112. Terrorismo (Art. 343);
113. Terrorismo agravado (Art. 344);
114. Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada (Art. 345);
115. Amenazas (Art. 347);
116. Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (Art. 358);
117. Empleo o lanzamiento de sustancias u objeto peligrosos (Art. 359);
118. Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios partes o municiones agravado (Art. 365);
119. Fabricación, tráfico, porte o tenencia y municiones de uso restringido de uso privativo las fuerzas armadas o explosivos (artículo 366);
120. Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares (Art. 367);
121. Empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal (Art. 367 A);
122. Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal (Art. 367B);
123. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (Art. 372);
124. Conservación o financiación de plantaciones (Art. 375);
125. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376);
126. Destinación ilícita de muebles o inmuebles (Art. 377);
127. Uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semisumergibles o sumergibles (Art. 377A);
128. Art. 377B;
129. Estímulo al uso ilícito (Art. 378);
130. Suministro o formulación ilegal (Art. 379);
131. Suministro o formulación ilegal a deportista (Art. 380);
132. Suministro a menor (Art. 381);
133. Tráfico de sustancias para procesamiento de narcótico (Art. 382);
134. Porte de sustancias (Art. 383);
135. Art. 375 agravado (Art. 384);
136. Art. 376 agravado (Art. 384);
137. Art. 377 agravado (Art. 384);
138. Art.377A agravado (Art. 384);
139. Art. 377B agravado (Art. 384);
140. Art. 378 agravado (Art. 384);



141. Art. 379 agravado (Art. 384);
142. Art. 380 agravado (Art. 384);
143. Art. 381 agravado (Art. 384);
144. Art. 382 agravado (Art. 384);
145. Art. 383 agravado (Art. 384);
146. Existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje (Art. 385);
147. Peculado por apropiación (Art. 397);
148. Concusión (Art. 404);
149. Cohecho propio (Art. 405);
150. Cohecho impropio (Art. 406);
151. Cohecho por dar u ofrecer (Art. 407);
152. Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (Art. 408);
153. Interés indebido en la celebración contratos (Art. 409);
154. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales (Art. 410);
155. Tráfico influencias de servidor público (Art. 411);
156. Tráfico influencias de particular (Art. 411A);
157. Enriquecimiento ilícito (Art. 412);
158. Prevaricato por acción (Art. 413);
159. Utilización indebida de información oficial privilegiada (Art. 420);
160. Soborno transnacional (Art. 433);
161. Falso testimonio (Art. 442);
162. Soborno (artículo 444);
163. Soborno en la actuación penal (Art. 444A);
164. Receptación agravada (Art. 447);
165. Amenazas a testigo (Art. 454A);
166. Espionaje (Art. 463);
167. Rebelión (artículo 467).

Si se considera que el Código Penal colombiano consagra, aproximadamente, 372 tipos penales¹⁴, temprano se advierte que la exclusión de 167 descripciones típicas disminuye, significativamente, el universo de casos en los que resulta procedente la prisión o detención domiciliaria transitoria; ello sin contar que el decreto incluye el régimen ordinario de exclusiones previsto en los artículos 68A y 38G del Código Penal y en la Ley 1098.

Este pronóstico se confirma al analizar la composición de la población penitenciaria conforme a los delitos por lo que los reclusos se encuentran privados de la libertad; ya

¹⁴ Este guarismo se obtiene al valorar que el Libro Segundo del Código Penal está integrado por 375 artículos, extendiéndose del artículo 101 al 476, debiendo restar los artículos dedicados al régimen de vigencia.



sea en condición de condenados o de sindicados. La siguiente tabla, contenida en el más reciente boletín estadístico del Inpec¹⁵, refleja cuáles son los delitos que tienen mayor incidencia en la población privada de la libertad, veamos:

[Espacio en blanco]

Tabla 40. Incidencia delincriminal PPL intramuros

Modalidad delictiva	Hombres			Mujeres			Total delitos PPL intramuros			Participación
	Sindicado	Condenado	Subtotal	Sindicada	Condenada	Subtotal	Sindicado	Condenado	Total	
Hurto	7.028	20.698	27.726	404	1.192	1.596	7.432	21.890	29.322	14,9%
Homicidio	6.145	21.535	27.680	336	803	1.139	6.481	22.338	28.819	14,7%
Concierto para delinquir	9.168	13.516	22.684	1.232	1.668	2.900	10.400	15.184	25.584	13,0%
Trafico, fabricación o porte de estupefacientes	6.848	14.571	21.419	1.279	2.666	3.945	8.127	17.237	25.364	12,9%
Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones	5.026	15.164	20.190	149	375	524	5.175	15.539	20.714	10,6%
Actos sexuales con menor de catorce años	2.893	5.389	8.282	24	64	88	2.917	5.453	8.370	4,3%
Acceso carnal abusivo con menor de catorce años	2.191	4.596	6.787	29	38	67	2.220	4.634	6.854	3,5%
Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones	1.901	3.489	5.390	125	146	271	2.026	3.635	5.661	2,9%
Extorsión	2.031	2.636	4.667	236	224	460	2.267	2.860	5.127	2,6%
Acceso carnal violento	993	2.586	3.579	10	18	28	1.003	2.604	3.607	1,8%
Violencia intrafamiliar	839	1.813	2.652	20	55	75	859	1.868	2.727	1,4%
Fabricación tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas	714	1.822	2.536	49	63	112	763	1.885	2.648	1,3%
Secuestro extorsivo	697	1.610	2.307	66	136	202	763	1.746	2.509	1,3%
Uso de menores de edad para la comisión de delitos	794	1.313	2.107	142	206	348	936	1.519	2.455	1,3%
Secuestro simple	557	1.498	2.055	47	119	166	604	1.617	2.221	1,1%
Lesiones personales	295	1.363	1.658	16	49	65	311	1.412	1.723	0,9%
Desplazamiento forzado	588	1.037	1.625	38	37	75	626	1.074	1.700	0,9%
Receptación	451	725	1.176	21	29	50	472	754	1.226	0,6%
Destinación ilícita de muebles o inmuebles	359	508	867	125	167	292	484	675	1.159	0,6%
Fabricación, tráfico o porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos	492	620	1.112	9	14	23	501	634	1.135	0,6%
Acto sexual violento	399	596	995	7	2	9	406	598	1.004	0,5%
Otros delitos	5.838	8.988	14.826	568	889	1.457	6.406	9.877	16.283	8,3%
Total	56.247	126.073	182.320	4.932	8.960	13.892	61.179	135.033	196.212	100,0%
Participación	30,9%	69,1%	100,0%	35,5%	64,5%	100,0%	31,2%	68,8%	100,0%	
	92,9%			7,1%			100,0%			

Fuente: SISIPEC – marzo 2020

Como puede constatar, los 10 delitos que representan la mayor parte de la población privada de la libertad están, en su totalidad, excluidos de la prisión y de la detención domiciliaria transitoria, lo que porcentualmente supone que, aproximadamente¹⁶, el 81% de la población está excluida de los mencionados mecanismos sustitutos. En otras palabras, apenas el 20% de la población reclusa podría, en abstracto, acceder a los mecanismos sustitutos previstos en el Decreto, porcentaje que tiende a disminuir si se considera que el Gobierno Nacional, adicionalmente, excluyó del universo de beneficiarios a quienes hayan sido condenados por cualquier conducta punible dolosa dentro de los 5 años anteriores, a quienes pertenezcan a grupos de delincuencia organizada y, en general, a quienes no se encuentran en los supuestos previstos en el

¹⁵ Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec-. Informe Estadístico Población Privada de la Libertad [...]. op. cit.

¹⁶ El cálculo es aproximado, principalmente, por dos razones: 1) porque un mismo recluso puede hallarse privado de la libertad por la comisión de dos o más delitos excluidos, y 2) porque la estadística no diferencia entre las modalidades básicas y agravadas de los tipos penales relacionados.



artículo 2º. En este orden de ideas, las medidas previstas en el Decreto no son idóneas, ni siquiera aceptando, en gracia de discusión, que se logrará obtener el estimado de descongestión pronosticado por la Señora Ministra de Justicia y del Derecho, al declarar que el Gobierno Nacional prevé que tan sólo 4000 reclusos accederán a la prisión o a la detención domiciliaria en aplicación de la normatividad de emergencia¹⁷.

También desconoce el principio de proporcionalidad el nuevo régimen de detención y prisión domiciliaria transitoria, si se compara con el régimen ordinario aplicable dichos sustitutos, en los casos que se siguen con el procedimiento de la Ley 600 de 2000, puesto que las causales similares que están consagradas en este último estatuto, dan lugar a la suspensión de la detención, medida que implica la libertad del procesado y no el cambio del lugar de reclusión, como ocurre en la normatividad de excepción.

2.5. Competencia constitucional del fiscal, del juez que ejerce función de garantías y del juez de conocimiento. Funciones básicas de acusación y juzgamiento. Artículos 250 y 252 de la Constitución Política.

El régimen constitucional colombiano, en materia de procedimiento penal, presenta una particularidad que no fue adecuadamente desarrollada en las previsiones del procedimentales contenidas en el Decreto Legislativo 546 de 2020.

En efecto, por disposición del Acto Legislativo 03 de 2002, en su artículo 2º, se introdujeron las bases constitucionales del sistema acusatorio en Colombia, señalando, entre otras cosas, que la Fiscalía General de la Nación ya no decide la imposición o no de medidas de aseguramiento, sino que tiene el derecho de postulación frente a las mismas, pero es el juez que ejerce la función de control de garantías quien tiene la competencia constitucional para tomar la decisión, mismo funcionario que no podrá ejercer, frente al mismo caso, la función de conocimiento, dando así un contenido y alcance distinto a las funciones básicas de acusación y juzgamiento, respecto de las

¹⁷ Cerca de 4.000 presos saldrán de las cárceles para prevenir covid-19. En: Revista Semana [digital]. 15, abril, 2020. [Consultado el 21 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.semana.com/semana-tv/semana-noticias/articulo/cerca-de-4000-presos-saldran-de-las-carceles-para-prevenir-covid-19/663585>



cuales el artículo 252 de la Carta dispone que, **aún durante los estados de excepción**, no podrán suprimirse ni modificarse.

Así mismo, el artículo 5º dispuso la aplicación gradual y sucesiva del nuevo sistema, de conformidad con el régimen transitorio que desarrollara el legislador, quien expidió la Ley 906 de 2004, desarrollando los presupuestos del nuevo sistema procesal penal, bajo el supuesto de que a los procesos por delitos cometidos antes de la entrada en vigencia del nuevo estatuto, esto es, de 1º de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2018, según el respectivo distrito judicial, se les continuaría aplicando las previsiones del sistema inquisitivo, gobernado por el artículo 250 de la Carta Política original y desarrollado por la Ley 600 de 2000.

Obsérvese que las disposiciones que regulan el procedimiento aplicable para decidir la procedencia de los nuevos sustitutos penales de la detención y prisión domiciliaria transitorias, parten de las reglas de procedimiento aplicables al sistema acusatorio, como si a todos los detenidos y condenados en el país se les estuviese aplicando el procedimiento de la Ley 906 de 2004, lo cual, como se advierte, es errado, pues a muchos de ellos se les continúa aplicando el procedimiento de la Ley 600 de 2000. Con ello se desconoce que, en este último trámite, no interviene el juez de garantías, sino que el competente para adoptar las decisiones relacionadas con la medida de aseguramiento es el fiscal, en la etapa de investigación, y el juez, en la etapa de juzgamiento.

Además de no hacer distinción frente a las competencias diversas que asigna el artículo 250 de la Constitución Política para los casos que se adelantan bajo el procedimiento del sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, el Decreto incurre también en una equivocación frente al régimen de competencia constitucional aplicable a los procesos que se adelantan bajo las previsiones del Acto Legislativo 03 de 2002. Nótese que la competencia en el Decreto se asigna al juez de conocimiento, desconociendo que, en materia de libertad y, concretamente, frente a las medidas de aseguramiento, la competencia constitucional radica en el juez de garantías, porque expresamente lo dispuso el numeral 1 del nuevo artículo 250 de la Carta y para preservar el principio de no contaminación del juez de conocimiento, consagrado en el segundo inciso del mismo numeral.



Adicionalmente, si se compara el régimen previsto en el decreto con el que se aplicaría en ausencia de norma, es decir el régimen ordinario, se concluye que resulta más dispendiosa y, por tanto, inidónea la aplicación del procedimiento del decreto. En efecto, nótese que, conforme a la Ley 600 de 2000, los listados se remitirían al fiscal o al juez de conocimiento, según el caso, quienes ya conocen del asunto y, de conformidad con el artículo 168 de dicho estatuto, deben proferir la decisión en el término máximo de tres días. Ahora bien, si se compara con el procedimiento aplicable, conforme a la Ley 906 de 2004, también resulta más expedito el trámite ordinario, pues, presentada la solicitud ante el centro de servicios judiciales, se asigna conocimiento al juez de garantías, quien decidirá dentro de la misma diligencia de audiencia preliminar sobre la sustitución de la medida.

Por lo anterior, consideramos que debe declararse la inexecutable de los incisos **2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 7º del Decreto Legislativo 546 de 2020.**

3. CONCLUSIONES

En muy resumidos términos, los suscritos consideramos:

- a. Que el análisis de conexidad de las medidas adoptadas en el decreto objeto de estudio debe tener como referente teleológico los propósitos por los que se declaró el estado de excepción. Esto supone que las exigencias de conexidad e idoneidad no deben valorarse a partir del fenómeno del hacinamiento carcelario y de su potencial reducción, sino de la probabilidad de que se garanticen, efectivamente, las condiciones materiales que permitan la adopción de los protocolos sanitarios para afrontar la pandemia. En otras palabras, la mera reducción de la sobrepoblación carcelaria resulta insuficiente para afirmar que las medidas adoptadas en el Decreto guardan conexidad con los propósitos que motivaron el estado de excepción y son idóneas para su superación (Cfr. numeral 2.1. del presente documento).
- b. A partir de lo declarado por el Gobierno Nacional en relación con el número de reclusos que saldrían de los centros de reclusión con ocasión a la aplicación del Decreto, debe concluirse que las medidas adoptadas carecen de conexidad y resultan inidóneas, pues la efectiva implementación de los protocolos sanitarios



establecidos por el Gobierno Nacional exige que la población penitenciaria se reduzca, cuando menos, a un número equivalente al de los cupos instalados; para lo cual debería sustituirse la pena de prisión¹⁸ o disponerse el traslado a instalaciones transitorias de todos los internos que recluidos por encima de la capacidad de los centros penitenciarios y carcelarios (Cfr. numeral 2.1. *Ibíd.*).

- c. Si bien lo manifestado en el literal anterior debería conducir a la declaratoria de inexecutable del Decreto, consideramos que nada es óbice para que la H. Corte Constitucional, por vía del control constitucional que le compete, supere los obstáculos que impiden que la normatividad de excepción alcance los propósitos para los cuales fue proferida. En especial, la H. Corte Constitucional podría declarar la inconstitucionalidad del amplísimo catálogo de exclusiones previsto en el artículo 6º del Decreto, pues tal limitación, se reitera, carece de conexidad con las finalidades perseguidas con la declaratoria del estado de emergencia y, por el contrario, anula la idoneidad de las medidas previstas en el artículo 2º del Decreto (Cfr. numeral 2.1. *Ibíd.*).
- d. De considerarse que las medidas adoptadas en el Decreto superan el juicio de conexidad e idoneidad, así como que el catálogo de exclusiones previsto en el artículo 6º del Decreto se compadece con la Constitución Política, necesariamente debería declararse es que tal listado de exclusiones no impide que se beneficie con la prisión o detención domiciliaria transitoria a personas pertenecientes a grupos de especial protección constitucional, como, por ejemplo, a las personas mayores de 60 años, a las madres gestantes o a quienes padezcan enfermedades graves (Cfr. numeral 2.1. *Ibíd.*).
- e. Algunas previsiones del Decreto, sencillamente, carecen de cualquier tipo de conexidad con las razones que motivaron el estado de excepción, Así sucede, por ejemplo, con la limitación del término de la detención o prisión domiciliaria transitoria, o la decisión de excluir de este mecanismo sustitutivo a quienes han sido solicitados en extradición (Cfr. numeral 2.1. *Ibíd.*).
- f. Si lo que pretende el decreto es garantizar la vida e integridad personal de aquellas personas privadas de su libertad que, por las patologías que sufren, son especialmente vulnerables al covid-19, no existe razón para que se establezcan limitaciones a la concesión de la prisión domiciliaria que el legislador ordinario no contempló frente a la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad muy

¹⁸ O medida de seguridad.



grave”, tal como está regulada en el artículo 68 del Código Penal. En otras palabras, si lo que pretende el decreto analizado es garantizar más efectivamente la vida e integridad de los reclusos que sufren de enfermedades graves, en comparación con el régimen ordinario de subrogados penales, no se vislumbra ninguna razón para que se excluya de la “prisión domiciliaria transitoria” a los autores o partícipes de las conductas punibles señaladas en su artículo 6º, exclusiones que no aplican en tratándose de la “reclusión domiciliaria u hospitalaria por enfermedad grave” (Cfr. numeral 2.3. ibíd.).

- g.** La concesión de la detención o de la prisión domiciliaria, en eventos de enfermedad muy grave incompatible con la vida en reclusión, obedece a razones de humanidad, que prevalecen sobre las finalidades legítimas de la detención preventiva o de la pena de prisión; razón por la cual el legislador se abstuvo de prohibir, ex ante, la procedencia de estos mecanismos sustitutivos frente a determinadas categorías de delitos. Infortunadamente, y sin justificación suficiente, el Gobierno Nacional decidió impedir que los reclusos que padecen enfermedades muy graves, y quienes ordinariamente podrían acceder a la reclusión domiciliaria en los términos del artículo 68 C.P., se beneficien del instituto de la “prisión domiciliaria transitoria” cuando hayan sido declarados responsables por cualquiera de los delitos consagrados como exclusiones en el artículo 6º (Cfr. numeral 2.3. ibíd.).
- h.** Si se acepta, como lo reconoce el Gobierno Nacional, que resulta imposible adoptar las medidas para prevenir el contagio de covid-19 en las actuales condiciones de los centros de reclusión, en especial, que es inviable garantizar el distanciamiento social de los reclusos en las cárceles y penitenciarias con altos índices de hacinamiento, debe también aceptarse que la constitucionalidad del decreto está supeditada a su potencial, cuando menos en abstracto, para reducir los niveles de hacinamiento que sufren la mayor parte de los centros de reclusión. Infortunadamente, la información estadística suministrada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -Inpec- pone de presente que, por una parte, el hacinamiento penitenciario es muy superior al oficialmente reportado por el Instituto y, por otra, que más de las dos terceras partes de esa población están excluidas de la posibilidad de acceder a la prisión domiciliaria o detención domiciliaria transitoria (Cfr. numeral 2.4. Ibíd.).
- i.** El trámite previsto por el Decreto para la concesión de la detención y prisión domiciliaria transitoria es menos expedito que el procedimiento ordinario, por lo que deviene inidóneo. Además, sin justificación alguna el Decreto altera las



normas de competencia para conocer de la concesión de la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario, lo que, se reitera, cuestiona seriamente su idoneidad y proporcionalidad (Cfr. numeral 2.5. *Ibíd.*).

3. PETICIÓN

Por las razones expuestas, consideramos que el Decreto Legislativo 546 de 2020, no cumple con los requisitos señalados en los artículos 13, 215 y 252 de la Constitución Política y, por tal razón debe ser declarado inexecutable. No obstante, de encontrar la Corte que una declaratoria de inexecutable, simple y llana, producto de una sentencia declarativa, causaría un mayor perjuicio a los derechos y garantías de la población reclusa y para quienes laboran en los centros de reclusión, consideramos procedente que la Corporación subsane los vicios de constitucionalidad a partir de la facultad de modular los efectos del fallo de constitucionalidad, caso en el cual debería declarar la constitucionalidad del Decreto con las siguientes salvedades:

1. Declarar inconstitucionales los artículos 5º, 6º, 25º y 30º del Decreto, de modo que las causales previstas en el artículo 2º sean aplicables sin las restricciones impuestas en el Decreto ni las previstas en el ordenamiento positivo ordinario para la detención y la prisión domiciliaria.
2. Declarar la inexecutable de los incisos 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 7º del Decreto Legislativo 546 de 2020.
3. Exhortar al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a todas las autoridades públicas que intervienen en el diseño de la política criminal, para que adopten medidas urgentes e inmediatas para disminuir el hacinamiento carcelario y que se dé cumplimiento a las recomendaciones emanada de la misma Corte y organismos internacionales, sobre el respeto a las garantías mínimas de los reclusos, iniciando por solicitar que, en adelante, cuando se adelanten reformas legislativas ordinarias o de excepción, se acompañen de estudios técnicos, científicos y objetivos sobre el impacto que tendrá la legislación en los cupos penitenciarios, entendidos estos como aquellos que cumplen con las condiciones adecuadas desde la perspectiva de la protección a los derechos humanos de los internos. Igualmente, de no haberse superado la pandemia al momento de proferirse el fallo de constitucionalidad, exhortar al Gobierno Nacional para que adopte de manera inmediata medidas efectivas de control al hacinamiento carcelario a través de la normatividad vigente, que protejan adecuadamente a los reclusos en cuanto a sus derechos, en especial, propiciar el traslado de internos que compense la carga de los distintos centros carcelarios, habilitación de nuevos



centros de reclusión transitorios, suministro de elementos de protección para la salud y evitar el contagio de los internos y el personal que labora en las cárceles, así como la adopción de medidas inmediatas que permitan no solo el distanciamiento social de los reclusos sino su adecuada higiene, de acuerdo a los mismos lineamientos y recomendaciones formulados para la población en general, por parte del Gobierno Nacional y las organizaciones internacionales de la salud.

Atentamente,

Darío Bazzani Montoya

CC No 79'504.868

José Manuel Díaz Soto

CC No 91'519.945

Recibimos notificaciones en los correos electrónicos dbazzani@hotmail.com y josem.diaz@uexternado.edu.co