

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA ACTO DE CONTENIDO GENERAL / DECRETO LEGISLATIVO 546 DE 2020 – Dictado dentro del Estado de emergencia económica, social y ecológica declarado por la pandemia COVID-19 / IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA ANTE SOLICITUD DE PRISIÓN DOMICILIARIA - Beneficio derivado del Decreto 546 de 2020 / PERJUICIO IRREMEDIABLE – No configuración / CONTROL AUTOMÁTICO DE CONSTITUCIONALIDAD – Frente a los decretos legislativos / SOLICITUD A ENTIDADES PARA PROVEER ELEMENTOS DE BIOSEGURIDAD – Que permitan controlar la propagación de la pandemia

[A] juicio de la Sala, el problema jurídico se concreta a decidir si la tutela es procedente para efecto de evaluar la conveniencia y efectividad de las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 y ordenar la prisión domiciliaria en el caso particular de la [tutelante]. (...) Debe recordarse, en primer lugar, que la parte actora alega que no son suficientes los criterios adoptados en el Decreto 546 de 2020 para sustituir la pena de prisión y medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia, a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19. Es decir, de entrada, se advierte que la demandante cuestiona un acto de contenido general. (...) [E]n el sub lite no [no se configura un supuesto de perjuicio irremediable], por cuanto no se advierte que la aplicación del Decreto 546 de 2020 derive en la vulneración de derechos fundamentales de la [tutelante]. (...) Como se vio, para habilitar el estudio de fondo frente al acto general, la parte actora debía demostrar que el acto general causaba un riesgo inminente frente a derechos fundamentales. Sin embargo, esas situaciones no se encuentran probadas, pues, en principio, las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 resultan razonables y proporcionales. (...) [Además,] una vez revisado el sistema de información de la Corte Constitucional, la Sala encontró que actualmente se tramita el control automático de constitucionalidad del Decreto 546, bajo el radicado RE277. (...) [Por último,] es pertinente instar a la USPEC y al INPEC para que, de manera coordinada, provean los elementos y servicios necesarios para controlar la propagación del COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país y atender al personal contagiado.

NOTA DE RELATORIA: La Comisión Interamericana de Derecho Humanas profirió la Resolución 001 de 2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, en la cual se recomendó a los Estados miembros, entre otras, adoptar medidas frente al hacinamiento de las personas privadas de la libertad. En relación con la declaratoria del estado de cosas inconstitucional del sistema carcelario y penitenciario en Colombia, ver las providencias: T-153 de 1998, T-388 de 2013, T-762 de 2015 y el Auto 121 de 2018 proferidas por la Corte Constitucional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN CUARTA

Consejero ponente: JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 25000-23-15-000-2020-01331-01(AC)

Actor: MARYLUZ LEÓN MÉNDEZ

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE JUSTICIA Y EL DERECHO, INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC) Y CENTRO PENAL Y CARCELARIO “EL BUEN PASTOR” - UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS (USPEC)

La Sala decide la impugnación interpuesta por la señora Maryluz León Méndez contra la sentencia del 8 de mayo de 2020, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, que declaró improcedente la tutela.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones

1.1. En ejercicio de la acción de tutela y en nombre propio, la señora Maryluz León Méndez pidió la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, que estimó vulnerados por la Presidencia de la República, el Ministerio de Justicia, el INPEC, el Centro Penal y Carcelario “El Buen Pastor” y la Unidad de Servicios Penitenciarios (USPEC). En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

2. Consecuencia de lo anterior, **CONCEDERME** la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la domiciliaria, que para ello es en **CARRERA 80 I BIS # 73F-33 BARRIO BOSA LAURELES** donde será recibida por **MI Señora MADRE MARIA HONORIA MENDEZ**, donde estaría en detención domiciliaria, con el fin de prevenir un contagio masivo del **COVID-19** al interior del centro de reclusión en el que me encuentro, evitando de esta forma un perjuicio irremediable de mis derechos fundamentales.

3. En virtud de lo anterior y teniendo en cuenta el **artículo 30B** de la **Ley 65 de 1993**, **ORDENAR** que el traslado se realice garantizando mis derechos fundamentales a la vida, integridad personal y dignidad humana y dado que cuento con los recursos para los gastos de transporte desde donde estoy recluso, hasta donde cumpliré la domiciliaria, para que no pongan como excusa que no tienen vehículos y que se permita mi traslado hasta mi domicilio.

4. ORDENAR al **INPEC** aplicar la **Directiva transitoria 000009** relativa a la detención, prisión domiciliaria y vigilancia electrónica, expedida en el marco de la declaración de la emergencia carcelaria.

5. TUTELAR los demás derechos fundamentales que estime pertinentes, además de emitir las órdenes que considere pueda ayudar a salvaguardarlos.

2. Hechos

Del expediente, la Sala destaca los siguientes hechos relevantes:

2.1. La señora Maryluz León Méndez se encuentra reclusa en el Centro Penal y Carcelario “El Buen Pastor”, en calidad de condenada por el delito de hurto calificado y agravado. Manifestó que fue condenada a 18 años y 8 meses de prisión y que hasta ahora ha cumplido 193 meses y 10 días de la pena.

2.2. Desde marzo de 2020, Colombia presentó casos de contagio por COVID-19 y que la población de las cárceles o establecimientos penitenciarios resulta

demasiado vulnerable al contagio por las condiciones de salubridad que se presentan.

3. Argumentos de la acción de tutela

3.1. La señora León Méndez alegó que la situación de hacinamiento de los establecimientos penitenciarios y carcelarios y la pandemia por COVID-19 constituyen un gran riesgo para la salud de los reclusos y hace urgente la adopción de un plan de descongestión de dichos establecimientos. Que la declaratoria de estado de cosas inconstitucional en lo que a establecimientos penitenciarios se refiere demuestra la gravedad de la situación.

3.1.1. Que las medidas adoptadas en el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 son insuficientes, puesto que no permite una efectiva excarcelación transitoria mientras se supera la pandemia por COVID-19. Que esa norma *«cercena, vulnera y desconoce el derecho a la dignidad humana que se ve vulnerado ante el gran número de personas privadas de la libertad que comparten espacios reducidos para alojarse, al tener que dormir en pasillos y otros espacios diferentes a las celdas (que de por sí no dan abasto y presentan problemas de higiene, superficie mínima, calefacción, ventilación, entre otros) supone un escenario de riesgo para esta población»*.

3.1.2. Que la falta de efectividad del Decreto 546 de 2020 tiene fundamento en que mantiene la mayoría de las prohibiciones de beneficios previstas en los artículos 68 A de la Ley 599 de 2000 y 314 de la Ley 906 de 2004.

3.1.3. Que la situación de riesgo ha ocasionado enfrentamientos entre el personal del INPEC y los internos, toda vez que se exigía prisión domiciliaria para evitar el contagio con COVID-19.

3.1.4. Que, ante la imposibilidad de las autoridades carcelarias para afrontar la pandemia por COVID-19, es procedente que el juez de tutela ordene la prisión domiciliaria en la residencia de la madre de la demandante. Que es la única manera de proteger de manera efectiva los derechos a la vida y a la salud.

4. Intervenciones

4.1. El **Ministerio de Justicia** manifestó que carece de competencia para efecto de cumplir con las exigencias del demandante, pues, de acuerdo con los artículos 7 y siguientes del Decreto Legislativo 546 de 2020, la jurisdicción penal es la competente para decidir si procede o no la excarcelación provisional. Que, de hecho, eso denota la falta de legitimación en la causa por pasiva del ministerio.

4.1.1. Explicó que con el Decreto 546 del 14 de abril de 2020 se adoptaron medidas para efectos de controlar la propagación del COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios. Que, por ejemplo, las medidas incluyen la sustitución de la pena de prisión y de medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimientos penitenciarios y carcelarios, por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitoria en el lugar de residencia, respectivamente. Que esas medidas están dirigidas especialmente a las personas privadas de la libertad y en condición de especial vulnerabilidad frente al COVID-19.

4.1.2. Dijo que el Decreto 546 de 2020 está sustentado en las normas nacionales e internacionales que garantizan la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad.

4.1.3. Adujo que la pandemia por COVID-19 no puede justificar una excarcelación indiscriminada, pues, en todo caso, deben valorarse circunstancias como el bien jurídico lesionado por el interno, la gravedad de la conducta, la duración de la pena, el peligro para la seguridad de la sociedad y las víctimas y la magnitud del daño causado. Que, en ese sentido, el Decreto 546 de 2020 excluye del beneficio de la detención y prisión domiciliaria a personas que cometieron delitos como lesiones personales, violencia intrafamiliar, feminicidio, el concierto para delinquir o los delitos sexuales.

4.1.4. Explicó que las medidas adoptadas en el Decreto 546 no son caprichosas, por cuanto obedecen a las recomendaciones hechas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Corte Constitucional, entre otras.

4.1.5. Informó que para efectos de controlar la pandemia, se dictaron las siguientes instrucciones: (i) directiva 004 del 11 de marzo de 2020, que estableció protocolos para evitar la propagación del virus; (ii) anexo a la directiva 004, que dispuso la suspensión de visitas y el aislamiento de los reclusos contagiados o con sospecha de contagio; (iii) Resolución 1274 de 2020, que declaró la urgencia manifiesta en los establecimientos penitenciarios y carcelarios y autorizó la contratación directa para efecto de atender los asuntos referentes a la pandemia; (iv) oficio 2020IE0057256 del 31 de marzo de 2020, que presentó la guía de orientación para prevenir y manejar casos de COVID – 19 en establecimientos penitenciarios y carcelarios; (v) circular 019 del 16 de abril de 2020, que imparte lineamientos para el control, prevención y manejo de casos por COVID – 19, y (vi) Resolución 000197 del 25 de marzo de 2020, que también declaró la urgencia manifiesta en materia de contratación referida a las medidas para evitar la propagación del COVID-19.

.

4.2. La **Presidencia de la República** manifestó que carece de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto, en los términos del Decreto 1784 de 2019, no tiene competencia para decidir si es procedente o no modificar la condena impuesta a la actora. Que esa discusión corresponde a los jueces de ejecución de penas.

4.2.1. Que, en todo caso, la tutela es improcedente, toda vez que está sustentada en meras suposiciones sobre la situación derivada por la pandemia por COVID-19.

4.3. El **INPEC** sostuvo que lo solicitado por la demandante es improcedente, toda vez que cualquier decisión sobre la modificación de la pena corresponde únicamente a los jueces penales, de conocimiento o de ejecución de penas. Que, de hecho, esa situación deriva en la falta de legitimación en la causa por pasiva del INPEC.

4.3.1. Que debe tenerse en cuenta que la prisión domiciliaria concedida a ciertos reclusos por razón del COVID-19 se concede previo agotamiento de un procedimiento legalmente previsto y en el que intervienen el INPEC, el Gobierno Nacional y la jurisdicción penal. Que cualquier decisión favorable a la actora desconocería ese procedimiento y causaría un caos administrativo.

4.3.2. Que, por lo demás, han sido tomadas medidas y se han impartido instrucciones para efecto de controlar el COVID-19 en las cárceles del país. Que,

por ejemplo, mediante directiva 0004 del 11 de marzo de 2020, el INPEC dispuso medidas sanitarias para disminuir el riesgo de contagio con COVID-19 y para manejar los casos probables o confirmados.

4.3.3. Que, siendo así, la tutela es improcedente y, además, debe declararse la falta de legitimación en la causa por pasiva del INPEC.

4.4. La **Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC)** pidió que se denegara la tutela, por lo siguiente:

4.4.1. Que la tutela parte de un supuesto errado, pues generaliza la situación de los reclusos y presupone, sin sustento, que la vida de la demandante se encuentra en riesgo. Que el riesgo a la vida se predica de personas en situación de comorbilidad y a esas personas es que está dirigido el beneficio previsto en el Decreto 546 de 2020.

4.4.2. Que el principal responsable de las medidas para controlar el COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios es el INPEC y que, en todo caso, la USPEC ha adelantado las gestiones que son de su cargo para efecto de proporcionar salud, alimentación, bienestar e infraestructura para las personas privadas de la libertad.

4.4.3. Que, para efecto de controlar el COVID-19, la USPEC ha proporcionado a las personas privadas de la libertad elementos como jabón líquido, gel con glicerina, guantes, mascarillas quirúrgicas y máscaras de alta eficiencia (N95).

4.4.2. Que fueron establecidas áreas de aislamiento preventivo, con el fin de evitar la propagación del COVID-19. Que, además, únicamente se está permitiendo la asistencia de reclusos a citas médicas prioritarias, para efecto de asegurar el distanciamiento social y evitar que resulten contagiados en el exterior.

4.4.3. Que la situación de hacinamiento tiene origen en el desconocimiento del artículo 17 de la Ley 65 de 1993, que obliga a los entes territoriales a realizar apropiaciones presupuestales para la creación, fusión o supresión, dirección, organización administración, sostenimiento y vigilancia de las cárceles.

4.3.4. Que los jueces de ejecución de penas son los únicos competentes para efecto de modificar la modalidad de ejecución de la pena.

5. Sentencia impugnada

5.1. Mediante sentencia del 8 de mayo de 2020, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, declaró improcedente la tutela.

5.1.1. Preliminarmente, advirtió que la Presidencia de la República, el INPEC, el Ministerio de Justicia y la USPEC sí tienen legitimación en la causa por pasiva. Que el INPEC es el responsable de la vigilancia, custodia y atención de los reclusos y debe implementar las medidas asociadas al COVID-19. Que, por su parte, la USPEC debe velar por el bienestar, la alimentación, la salud y la infraestructura de los reclusos. Que la Presidencia de la República y el Ministerio de Justicia expidieron el Decreto 546 de 2020 y, por ende, son responsables de su implementación. Que lo expuesto evidencia que dichas entidades sí tienen incidencia frente a las pretensiones de la demanda de tutela.

5.1.2. En cuanto al fondo del asunto, el *a quo* sostuvo que la tutela es improcedente para efecto de ordenar la prisión domiciliaria en favor de la señora Maryluz León Méndez, pues, de conformidad con los artículos 38 de la Ley 599 de 2000, 79 de la Ley 600 de 2000 y 314 de la Ley 906 de 2004, la evaluación sobre la procedencia de dicha orden corresponde a los jueces de ejecución de penas. Que, además, en los términos del Decreto 546 de 2020, las solicitudes de prisión domiciliaria deben decidir las los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad.

5.1.3. Dijo que no se evidencia perjuicio irremediable, toda vez que las autoridades demandadas han adoptado medidas dirigidas a controlar la pandemia por COVID-19. Que, además, la demanda de tutela se sustenta en un hecho futuro e incierto, esto es, la posibilidad de contagio por COVID-19 y las eventuales complicaciones de salud.

5.1.4. Que la acción de tutela tampoco es procedente para efecto de cuestionar la legalidad y conveniencia de las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 y en los protocolos adoptados por el INPEC. Que, de hecho, el control sobre el aludido decreto corresponde a la Corte Constitucional y a ese proceso puede acudir la actora para proponer sus inconformidades.

6. Impugnación

6.1. La parte actora impugnó la sentencia del 8 de mayo de 2020, pues, en su criterio, las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 son insuficientes y la única forma de proteger de manera efectiva los derechos a la salud y a la vida es mediante la orden de prisión domiciliaria. Que muchos expertos en materia penal coinciden en que las aludidas medidas son insuficientes frente al peligro causado por la pandemia por COVID-19.

CONSIDERACIONES

1. De la acción de tutela. Generalidades

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

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

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

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

2. Planteamiento del problema jurídico

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

2.1.1. La actora adujo que las medidas adoptadas en dicho decreto no solucionan el problema de hacinamiento carcelario y no evitan de manera efectiva la propagación del COVID-19. Por consiguiente, solicitó que se ordenara el beneficio de prisión domiciliaria, pues, en su criterio, es la única medida que garantiza la protección de los derechos fundamentales a la salud y a la vida.

2.2. El *a quo*, por sentencia del 8 de mayo de 2020, declaró improcedente la tutela para efecto de ordenar la prisión domiciliaria, toda vez que, de conformidad con los artículos 38 de la Ley 599 de 2000, 79 de la Ley 600 de 2000 y 314 de la Ley 906 de 2004 y el Decreto 546 de 2020, esa decisión corresponde a los jueces de ejecución de penas.

2.3. En la impugnación, la señora Maryluz León Méndez insistió en que el Decreto 546 de 2020 no es suficiente para evitar la propagación del COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios, toda vez que tiene supuestos muy limitados para efecto de conceder la prisión y la detención domiciliarias. En consecuencia, pidió la revocatoria de la sentencia impugnada y que, en su lugar, se concediera el beneficio de prisión domiciliaria.

2.4. De acuerdo con lo expuesto, a juicio de la Sala, el problema jurídico se concreta a decidir si la tutela es procedente para efecto de evaluar la conveniencia y efectividad de las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 y ordenar la prisión domiciliaria en el caso particular de la señora Maryluz León Méndez.

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

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

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

3.1.2. De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, existe suficiente evidencia para concluir que el COVID-19 se transmite de persona a persona a

gran velocidad, que puede traspasar fronteras geográficas a través de pasajeros infectados y que puede desencadenar una neumonía grave y ocasionar la muerte.

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

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

3.4. En el mismo sentido, la Comisión Interamericana Derechos Humanos, en la Declaración 1/20 del 9 de abril de 2020 y en la Resolución 001 de 2020², urgió a los Estados para enfrentar la gravísima situación de las personas privadas de la libertad, en el marco de la pandemia por COVID-19 y la situación de sobrepoblación carcelaria. La Comisión también reconoció que dicho contexto puede derivar en un mayor riesgo para las personas que conforman grupos en situación de vulnerabilidad interior de las unidades de privación de la libertad y, por ende, sugirió *“disponer en forma racional y ordenada medidas alternativas a la privación de la libertad”*.

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

² En lo pertinente la Resolución dice:

Personas Privadas de Libertad

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

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

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

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

la Corte ha indicado la necesidad de una política criminal que aplique excepcionalidad de medida preventiva de aseguramiento³.

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

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

(i) Personas que hayan cumplido 60 de edad.

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

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

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

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

³ Sentencia T-762 de 2015.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1. Debe recordarse, en primer lugar, que la parte actora alega que no son suficientes los criterios adoptados en el Decreto 546 de 2020 para sustituir la pena de prisión y medida de aseguramiento de detención preventiva en

establecimientos penitenciarios y carcelarios por la prisión domiciliaria y la detención domiciliaria transitorias en el lugar de residencia, a personas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad frente al COVID-19. Es decir, de entrada, se advierte que la demandante cuestiona un acto de contenido general.

4.2. Al respecto, en sentencia T-111 de 2008, la Corte Constitucional sostuvo que *«Procede la acción de tutela como mecanismo transitorio contra las actuaciones administrativas cuando se pretenda evitar la configuración de un perjuicio irremediable. La actuación de la persona afectada se orientaría, en tal hipótesis, no a obtener una declaratoria de inconstitucionalidad del acto general, sino a prevenir que el mismo sea aplicado en su caso concreto, evitando así que se materialicen, respecto de sus derechos fundamentales, los efectos lesivos de la norma»* (subraya la Sala).

4.2.1. En la misma sentencia, la Corte Constitucional advirtió que, cuando la tutela se dirige contra un acto de carácter general, deben cumplirse los siguientes supuestos: *«(i) Que se está ante una amenaza cierta, consistente en que de la aplicación de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, se derive una afectación de los derechos fundamentales de una persona y, (ii) Que, en tal eventualidad, el acudir a las vías ordinarias podría comportar la ocurrencia de un perjuicio irremediable»*.

4.3. A juicio de la Sala, en el *sub lite* no están cumplidos dichos supuestos, por cuanto no se advierte que la aplicación del Decreto 546 de 2020 derive en la vulneración de derechos fundamentales de la señora Maryluz León Méndez. En efecto, contra lo afirmado por la demandante, no puede colegirse la vulneración de derechos fundamentales por el solo hecho de estar en desacuerdo frente al alcance de las medidas adoptadas en dicho acto general.

4.3.1. Como se vio, para habilitar el estudio de fondo frente al acto general, la parte actora debía demostrar que el acto general causaba un riesgo inminente frente a derechos fundamentales. Sin embargo, esas situaciones no se encuentran probadas, pues, en principio, las medidas adoptadas en el Decreto 546 de 2020 resultan razonables y proporcionales.

4.3.2. Tampoco se advierte la existencia de una situación especial de vulnerabilidad, pues, de acuerdo con lo alegado en la demanda de tutela y lo probado en el expediente, la señora Maryluz León Méndez no se encuentra en situación de riesgo extraordinario frente al COVID-19. La actora no manifestó ni demostró, por ejemplo, que fuera mayor de 60 años, que fuera madre gestante o que tuviera comorbilidades graves.

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

000197 del 25 de marzo de 2020, que también declaró la urgencia manifiesta en materia de contratación referida a las medidas para evitar la propagación del COVID-19.

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

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

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

4.6. Finalmente, la Sala entiende la preocupación que tiene la demandante por su salud y, en ese sentido, advierte que, en los términos del artículo 26 del Decreto 546 de 2020, la USPEC y el INPEC quedaron facultados para que *«realicen los traslados presupuestales necesarios y adelanten la contratación directa de obras, bienes y servicios requeridos a cargo de los recursos del presupuesto asignado, como los recursos que en materia salud administra el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas la Libertad, sin sobrepasar la destinación específica de este último, previa autorización del Consejo Directivo del INPEC con el objeto de tomar todas las medidas sanitarias a fin de mitigar los efectos derivados del COVID-19, que permitan garantizar la salud y bienestar la población privada de la libertad y las condiciones laborales de los servidores penitenciarios y auxiliares bachilleres, así como todo aquello necesario para el cumplimiento de la misionalidad»*. Es decir, de manera coordinada, el INPEC y la USPEC deben adquirir y proveer los elementos de bioseguridad al interior de los establecimientos penitenciarios o carcelarios, con el fin de controlar la propagación del COVID-19 y atender a los contagiados.

4.6.1. Por consiguiente, es pertinente instar a la USPEC y al INPEC para que, de manera coordinada, provean los elementos y servicios necesarios para controlar la propagación del COVID-19 en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país y atender al personal contagiado. La Sala considera necesario insistir en que

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

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

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

los elementos de bioseguridad (tapabocas, jabón, gel antibacterial, etcétera) son de vital importancia para evitar la propagación del virus entre las personas privadas de la libertad y las personas encargadas de vigilarlos y atenderlos.

4.7. Siendo así, queda resuelto el problema jurídico: la acción de tutela no es procedente para efecto de cuestionar el Decreto 546 de 2020 y decidir si la señora Maryluz León Méndez puede ser beneficiaria de prisión domiciliaria, por razón de la pandemia por COVID-19. Por consiguiente, será confirmada la providencia impugnada, pero por las razones expuestas en esta decisión. Adicionalmente, la Sala instará al INPEC, a la USPEC y a la directora de la Reclusión de Mujeres “El Buen Pastor” para que provean los elementos necesarios para controlar y mitigar la propagación del COVID-19 en dicho centro de reclusión, así como para atender a quienes ya se encuentren contagiados.

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

FALLA

1. **Confirmar** la sentencia impugnada, por las razones expuestas en esta providencia.
2. **Instar al INPEC, a la USPEC y a la directora de la Reclusión de Mujeres “El Buen Pastor”** para que provean los elementos necesarios para controlar y mitigar la propagación del COVID-19 en dicho centro de reclusión, así como para atender a quienes ya se encuentren contagiados.
3. **Notificar** la presente decisión a las partes, tal y como lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.
4. **Publicar** esta providencia en la página web del Consejo de Estado.
5. **Enviar** el expediente de tutela a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

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

(Firmado
MILTON CHAVES GARCÍA
Magistrado

(Firmado electrónicamente)
JULIO ROBERTO PIZA RODRÍGUEZ
Magistrado