

Bogotá, 23 de abril del 2020

Consideraciones al Decreto-Ley 546 del 14 de abril del 2020 y obligaciones internacionales del Estado colombiano en el marco de la actual crisis generada por el SARS-CoV-2

En el marco de la actual crisis, Abogados sin fronteras Canadá (ASFC) ha venido ejerciendo su mandato a través del monitoreo de las decisiones tomadas en diferentes países con la finalidad de advertir posibles riesgos a la esfera de protección de los derechos humanos, que deben ser cumplidos por los Estados aún en escenarios de emergencia¹. En consonancia con lo anterior, ASFC presenta las siguientes consideraciones respecto del **Decreto-Ley 546 del 2020**².

Debido a la crisis desatada por la pandemia del SARS-CoV-2, el gobierno colombiano declaró el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica mediante Decreto-Ley 417 de marzo del 2020, con la finalidad de conjurar la situación y detener, en la mayor medida posible, la velocidad del contagio. En procura de lo anterior, y de la declaración de Emergencia Sanitaria (Resolución 385 de marzo del 2020, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social), el gobierno colombiano puso su atención en la protección de la población, en especial, en aquella que se encuentra en debilidad manifiesta según lo preceptuado por el artículo 13 constitucional.

En este escenario, la población reclusa en establecimientos penitenciarios y carcelarios³, junto al personal que interactúa en su entorno, adquieren mayores niveles de riesgo en el contagio, en virtud de varias realidades que se presentan en estos establecimientos: el nivel de hacinamiento, la precariedad de insumos para el cuidado y aseo personal, la escasez de personal médico, la dificultad para seguir los protocolos de manejo frente a la pandemia, entre otros. El derecho a la salud de estas personas se encuentra, entonces, en condiciones muy elevadas de afectación que amenaza la integridad de la vida.

¹ Ver artículos 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En la *Observación general No. 29 (Estados de excepción (artículo 4))*, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas menciona otros derechos que un Estado no puede suspender durante un estado de excepción. La *Convención Americana de Derechos Humanos* protege más derechos (art. 27(2)). Ver también artículo 15 de la ley 137 de 1994

² “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”.

³ Es profusa la jurisprudencia constitucional que señala la especial protección de las personas privadas de la libertad. Ver, entre otras: Sentencias T-267 del 2018; T-143 del 2017 y T-190 del 2013. Lo anterior, en razón de la masiva y generalizada violación de sus derechos fundamentales al interior de los espacios de reclusión que ha obligado a la Corte Constitucional, en tres ocasiones, a decretar el estado de cosas inconstitucional. “Las condiciones que dan lugar a dicha declaratoria tienen origen en la interconexión de tres factores, a saber: i) el exceso de la población reclusa; ii) la insuficiente infraestructura y iii) una política criminal carcelaria *reactiva, populista, poco reflexiva, incoherente, volátil y subordinada a la política de seguridad*” (Sentencia T-762/2015). Sobre el particular ver decisiones T-153/1998; T-388/2013 y T-762/2015.

Esta realidad, que no es desconocida por las autoridades gubernamentales, menos aún por los organismos de vigilancia y control, busca ser atendida por el Decreto en mención que, en principio, se adecúa a las recomendaciones realizadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) sobre la protección de los derechos de las personas privadas de la libertad en el marco de la lucha contra la pandemia del SARS-CoV-2 así como lo consagrado en diversas reglas del sistema universal⁴.

Por tal razón, ASFC saluda y reconoce el esfuerzo llevado a cabo por las autoridades gubernamentales tendiente a adoptar medidas adecuadas para contener la pandemia y evitar su propagación en los centros de reclusión. Lo anterior, resulta fundamental para evitar hechos de violencia que, como lo ha reconocido la CIDH, se han venido desatando en varios centros de diferentes países, incluido Colombia⁵, consecuencia del escalonamiento de las protestas por los niveles de hacinamiento y la falta de elementos de higiene y protección para evitar un brote masivo del virus. En tal sentido, la CIDH ha recordado la especial condición de garante que tienen los Estados respecto de las personas privadas de la libertad y el derecho que les asiste a estos de recibir un trato en condiciones de *dignidad* que garantice su vida e integridad personal, conforme a los estándares interamericanos⁶.

Así las cosas, el Decreto en mención concede medidas de prisión domiciliaria transitoria a personas que se encuentren cumpliendo **medidas de aseguramiento de detención preventiva** y a quienes **se hallen condenados** en establecimientos de reclusión, con la finalidad de evitar el contagio, propagación y consecuencias derivadas de la pandemia hasta por seis meses (Artículos 1 y 3). Este Decreto aplica a personas en condiciones especiales de vulnerabilidad: i) personas en edad de 60 años; ii) madres gestantes o con hijos menores de tres años al interior del establecimiento; iii) personas con graves enfermedades; iv) personas con movilidad reducida o discapacidad acreditada; v) personas **condenadas o con medida de aseguramiento preventiva** por delitos culposos; vi) condenados a penas privativas de la libertad de hasta 5 años de prisión y vii) quienes hayan cumplido el 40% de

⁴ Ver Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), los Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas SIDH, así como las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes (Reglas de Bangkok).

⁵ Ver: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-51998800> y <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp> (recuperados el 17 de abril del 2020).

⁶ Ver: “Principios y buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. En especial, el Principio 1 Trato Humano. En: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp> (recuperado el 17 de abril del 2020). En el escenario nacional, es menester recordar que las relaciones de especial sujeción respecto de los reclusos, como en los deberes de seguridad y protección de las personas que dimanar de la Constitución (art. 2, 217 y 218), la ley (art. 104 del Código Penitenciario y Carcelario) y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (decisión SU-1184/01) y del Consejo de Estado (fallo 15.567 de octubre del 2007), han determinado la posición de garante en la que se encuentra el Estado, susceptible de acarrear responsabilidades de índole internacional, disciplinario y penal. En el caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras, la CoIDH subrayó que: “El Estado como garante de este derecho le impone la prevención en aquellas situaciones -como ahora en el sub iudice- que pudieran conducir, incluso por acción u omisión, a la supresión de la inviolabilidad del derecho a la vida. En este sentido, si una persona fuera detenida en buen estado de salud y posteriormente, muriera, recae en el Estado la obligación de proveer una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido y desvirtuar las alegaciones sobre su responsabilidad, mediante elementos probatorios válidos, ya que en su condición de garante el Estado tiene tanto la responsabilidad de garantizar los derechos del individuo bajo su custodia como la de proveer la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida” (Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, parr. 111)

la pena (Artículo 2). Adicionalmente, plantea que, de darse capturas durante la vigencia del Decreto, se aplicarán las medidas contempladas en el mismo (Artículo 4).

Si bien el Decreto está en consonancia con las recomendaciones hechas por la CIDH al promover la reducción de la población privada de la libertad dando prioridad a los grupos en especial condición de vulnerabilidad, las exclusiones expuestas en el artículo 6 del documento parecen restrictivas. En efecto, se enumeran más de 70 tipos penales con diferentes modalidades de comisión que quedan excluidos de los beneficios extraordinarios del Decreto. En tal sentido, el cálculo estimado de personas que cobijaría el Decreto es alrededor de 4000, sobre una población carcelaria que supera los 120.000 individuos; lo anterior equivaldría al 3.3% de la población total, lo cual, en la práctica, puede ser calificado como una medida inocua en relación con la finalidad de reducir la sobrepoblación para enfrentar la pandemia⁷. Más aún, si las categorías de población vulnerable anteriormente señaladas, están privadas de la libertad por alguno de los delitos contemplados en las exclusiones, se verían expuestos a una situación límite de amenaza inminente para la vida.

Adicionalmente, el Decreto no cuenta con medidas diferenciadas entre población **condenada y con medida de detención preventiva**, esta última, aún no vencida en juicio y, por ende, cobijada por la presunción de inocencia. Se estima que en esta modalidad hay más de 34.000 personas, por lo que se ha sugerido contemplar medidas menos restrictivas que favorezcan a esta población como lo ha recomendado la CIDH⁸. En el Decreto, esta posibilidad quedó exclusivamente reducida a los delitos culposos.

Otro tipo de medidas diferenciales no contempladas son aquellas ligadas a los establecimientos carcelarios cuyo índice de hacinamiento es mayor⁹. Así, por ejemplo, en Riohacha, Santa Marta y Valledupar el índice de hacinamiento es superior al 300%; en Villavicencio supera el 100% y en Bogotá es de más del 60%¹⁰. Lo anterior, adquiere mayor urgencia, si se tiene en cuenta que, para el 21 de abril del año en curso, en tres cárceles del país se han confirmado casos de SARS-CoV-2: la cárcel de Villavicencio (25 casos y 3 fallecidos); La Picota en Bogotá (2 casos) y el centro penitenciario de Florencia Caquetá (1 caso)¹¹. Vale destacar que, en estos establecimientos, se han activado los protocolos de

⁷ Ver: <https://www.eltiempo.com/justicia/servicios/coronavirus-a-quienes-beneficia-el-decreto-de-excarcelacion-484588>; <https://www.eltiempo.com/justicia/delitos/criticas-al-decreto-de-excarcelacion-por-coronavirus-484790>; <https://www.semana.com/nacion/articulo/lo-malo-y-lo-peor-del-polemico-decreto-de-excarcelaciones/663570> y <https://www.elespectador.com/coronavirus/tardio-e-inefcaz-asi-califican-expertos-decreto-de-excarcelaciones-por-covid-19-articulo-914836>

⁸ Ver: Comunicado No. 066/20 del 31 de marzo del año en curso. En: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp> (recuperado el 17 de abril del 2020). En concordancia con los “Principios y buenas prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. En especial, el Principio III Libertad Personal. Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp> (recuperado el 17 de abril del 2020).

⁹ Ver: Informe Estadístico. Enero 2019. INPEC. En: <file:///C:/Users/asfapoyo10/Downloads/INFORME%20ESTADISTICO%20ENERO%202019.pdf>

¹⁰ Ver: Informe Estadístico. Enero 2019. INPEC. En: <file:///C:/Users/asfapoyo10/Downloads/INFORME%20ESTADISTICO%20ENERO%202019.pdf>

¹¹ Ver: <https://www.semana.com/semana-tv/semana-noticias/articulo/coronavirus-en-colombia-interno-de-carcel-las-heliconias-da-positivo-en-covid/664595>, <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/piden-que-haya-pruebas-masivas->

manejo de la enfermedad, no obstante, se invita a recordar que la realidad de estos centros de reclusión impide el aislamiento efectivo y el tratamiento eficaz debido a la precariedad de los insumos médicos. Tampoco se advierten en el Decreto medidas atinentes a la situación de los detenidos y detenidas políticas, situación que fue expresamente mencionada por la Alta Comisionada de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el siguiente sentido: “Ahora más que nunca los gobiernos deberían poner en libertad a todos los reclusos detenidos sin motivos jurídicos suficientes, entre otros a los presos políticos y otros internos que fueron encarcelados simplemente por expresar ideas críticas o disenter”¹²

Los procedimientos contemplados en el Decreto, artículos 7 y 8, para hacer efectivas las medidas de prisión domiciliaria, resultan en la práctica muy engorrosos -en un sistema penal sobrecargado de trabajo- y establecen tiempos prolongados no compatibles con la urgencia de la situación. En este sentido, el Decreto no contempla la posibilidad de aumentar la planta de funcionarios que den trámite expedito a las libertades. Finalmente, la materialidad del Decreto no parece estar muy alejada de lo ya contemplado en la norma ordinaria que regula las disposiciones sobre la detención domiciliaria; así lo han hecho saber varios expertos del sistema penal que han cuestionado su utilidad para solventar la situación de crisis actual¹³.

En conclusión, y atendiendo a que las medidas que se decreten con ocasión a la situación de excepcionalidad deben cumplir parámetros de necesidad, proporcionalidad, temporalidad y no discriminación, a fin de solventar la situación de crisis que les dio origen, se considera que el Decreto, en principio, es un paso importante hacia el cumplimiento de dichos parámetros y de las obligaciones internacionales del Estado colombiano. No obstante, estas resultan insuficientes para proteger los derechos de las personas privadas de libertad, entre otros el derecho a la salud sin discriminación. Por lo mismo, para que las medidas allí contempladas guarden proporción con la finalidad prevista, esto es, salvaguardar la salud y vida en relación de la población privada de la libertad amenazada por la pandemia, resulta necesario complementarlas con una serie de decisiones adicionales que se prevé tomará el Ministerio de Justicia y del Derecho. Desde ASFC confiamos en que las decisiones adicionales contribuyan a la contención y mitigación de la propagación del virus en los establecimientos de reclusión colombianas y se adecuen al urgente llamado hecho por la CIDH. En tal sentido, se recuerda que el organismo de supervisión de los derechos humanos

[en-carcel-de-villavicencio-tras-tercera-muerte-por-covid-19-articulo-915056](https://www.elespectador.com/noticias/judicial/segun-inpec-hoy-empezara-el-proceso-para-excarcelaciones-articulo-915540), <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/segun-inpec-hoy-empezara-el-proceso-para-excarcelaciones-articulo-915540> y <https://www.elespectador.com/coronavirus/la-covid-19-llego-la-picota-en-bogota-hay-dos-casos-confirmados-articulo-915336>. Como es de conocimiento público, la situación del virus evoluciona cada día a ritmos acelerados, ya el día de ayer se registraban más casos en la cárcel de Villavicencio. Ver: <https://www.semana.com/semana-tv/semana-noticias/articulo/coronavirus-en-colombia-cuarenta-personas-mas-dan-positivo-en-covid-19/665129>

¹² Ver: <https://oacnudh.hn/hay-que-tomar-medidas-urgentes-para-evitar-que-el-covid-19-cause-estragos-en-las-prisiones-bachelet/>

¹³ Ver : Equipo Jurídico Pueblos y Gearoid O Loingsigh (2020) ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DE EXCARCELACIÓN DEL GOBIERNO. Limitada y sin garantías de implementación; Ver también opinión de algunos expertos para medios en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/tardio-e-ineficaz-asi-califican-expertos-decreto-de-excarcelaciones-por-covid-19-articulo-914836>

señaló que la “*reducción de la sobrepoblación en los centros de detención [es] una medida de contención de la pandemia*”¹⁴.

Finalmente, desde ASFC se hace un especial llamado a las instituciones correspondientes a realizar un análisis adicional - no temporal, en relación con el replanteamiento de la política criminal colombiana, la cual ha demostrado exigir una transformación en virtud de los problemas históricos estructurales que, en el marco del SARS-Cov-2, se evidencian con mayor potencia. Lo anterior, en el entendido de que las medidas excepcionales que el gobierno pueda tomar con fundamento en el actual Estado de Emergencia no dejan de ser temporales y dirigidas, exclusivamente, a la contención y mitigación de la pandemia. Por lo mismo, situaciones como la sobrepoblación en los establecimientos de reclusión – detonante para un ciclo de violación de derechos humanos de esta población – exige una adecuación de las políticas públicas y normativa colombiana en armonía con los estándares internacionales en la materia. Dicho esto, el SARS-Cov-2 se constituye como una oportunidad para la transformación del sistema penal colombiano, íntimamente ligado a cuestiones de orden social, económico y cultural.

ASFC, con presencia en Colombia desde el 2003, es una organización no gubernamental de cooperación internacional cuya misión es contribuir a la aplicación de los derechos humanos de las personas en situación de vulnerabilidad mediante el fortalecimiento del acceso a la justicia y la representación legal.

Para conocer mas sobre la organización visite www.asfcanada.ca

¹⁴ Ver: Comunicado No. 066/20 del 31 de marzo del año en curso. En: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/066.asp> (recuperado el 17 de abril del 2020).